Zum Begriffe „herrenlos“

im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität zu Rostock i. M.

vorgelegt von

Johannes Krüger,
Kammergerichtsreferendar in Halensee-Berlin.

AKAD. NAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0097

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung: **Plan der Arbeit** 11

Erster Teil: **Geschichtliches.**

1. Römisches Recht 14
2. Deutsches Recht 19

Zweiter Teil: **Geltendes Recht.**

Erster Abschnitt.

Die Entstehung des Begriffes „herrenlos"

I. Ursprüngliche Herrenlosigkeit 27
II. Dereliktion 27
1. Aufgabe
a) des unmittelbaren Besitzes 28
b) des mittelbaren Besitzes 33
c) des abhanden gekommenen Besitzes 34
2. Der Dereliktionswille 36
a) rechtsgeschäftliche Natur der Dereliktion . . . 38
α) Erfordernisse des Rechtsgeschäftes 39
β) insbesondere die Willenserklärung 39
b) Anfechtbarkeit der Dereliktion 45

Zweiter Abschnitt.

Das Bestehen des Begriffes „herrenlos" und die vom Gesetz daran geknüpften Wirkungen insbesondere
1. der von der Rechtsordnung dem Begriff gewährte Schutz 49
2. der Erwerb des Eigentums durch Aneignung 51
a) Die Erfordernisse der Aneignung 52

Seite

b) Die Charakterisierung der Aneignung als Rechtshandlung 59

c) Anwendbarkeit der Vorschriften für Rechtsgeschäfte auf die Rechtshandlung der Aneignung 62

3. Gründe, durch welche der Eigentumserwerb an herrenlosen Sachen ausgeschlossen wird

a) die dinglichen Aneignungsrechte, insbesondere das Berg-, Fischerei- und Jagdrecht und der Eigentumserwerb am Wilderergute 64

b) die gesetzlichen Aneignungsverbote 78

4. Sonderbestimmungen für herrenlose wilde Tiere und Bienen 81

5. Die einschlägigen Bestimmungen des B.G.B. über Grundstücke 89

6. Zusammenstellung von herrenlosen Sachen 90

Literaturangabe.

Achenbach, Das gemeine deutsche Bergrecht. Bonn 1871, I.

von Anders, Das Jagd- und Fischereirecht. Innsbruck 1885.

von Arndts, Pandekten.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. In von Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 34.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl.

Beseler, Die deutschen Kaiserurkunden als Rechtsquellen. In der „Zeitschrift für Rechtsgeschichte" Bd. 2. Weimar 1863.

Biermann, Kommentar zum B.G.B. — Sachenrecht.

Böcking, Institutionen des röm. Civilrechtes.

Böhmer, Johann, Friedrich: Acta Jmperii Selecta. Urkunden deutscher Könige und Kaiser. Innsbruck 1870.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1860.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. 1887.

von Brünneck, Das heutige deutsche Jagdrecht und der Eigentumserwerb an widerrechtlich erlegtem Wilde. Im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 48.

Buhl, Die Rechte an beweglichen Sachen. In „Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen".

Corpus Juris Canonici emendatum et notis illustratum. Coloniae Munatianae 1670.

Corpus Juris Civilis ed. Krueger, Mommsen. Berol. 1899.

Corpus Juris Germanici Antiqui ed. Ferd. Walter. Berol. 1824.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.

von Czyhlarz, de acquirendo rerum dominio. In Glücks Kommentar der Pandekten, Serie der Bücher 41 und 42, Teil I.

Dahmen, Der Eigentumserwerb am Wilderergut. Diss. Rostock 1902.

Delbrück, Vom Finden verlorener Sachen. In von Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 3.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches.

Dickel, Das bürgerliche Recht für Forstmänner.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl.

Enneccerus und **Lehmann,** Das bürgerliche Recht. 1898/99.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civil- und Strafsachen.

Fischer und **Henle,** Bürgerliches Gesetzbuch mit Anmerkungen.

Frisch, Deutsch-Lateinisches Wörterbuch. Berlin 1741.

Gaji Institutiones ed. Böcking. Lips. 1866.

Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters. Erlangen 1852.

Gesetzsammlung für die Preußischen Staaten.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B.G.B. Jena 1897.

Gimmerthal, Der Eigentumserwerb am Schatze. Im Archiv für civ. Praxis Bd. 51.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht. Sonderabdruck aus der Festgabe für R. von Gneist.

Grimm, Jakob und **Wilhelm,** Deutsches Wörterbuch. Leipzig 1877.

Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerl. Rechte. In Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 42.

Jaehner, Eigentumserwerb am Wilderergut. Diss. Göttingen 1897.

von Jhering, Der Besitzwille.

von Jhering, Der Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts. 1896. In Fischer, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß Bd. 2.

Kaerger, Carl, Zwangsrechte, ein Beitrag zur Systematisierung der Rechte. Berlin 1882.

Karlowa, Rechtsgeschäfte.

Kasten, Kann der Geschäftsunfähige nach dem B.G.B. okkupieren? Diss. Freiburg 1902.

Kniep, Der Besitz des B.G.B. 1900.

Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht. 4. Ausgabe. Göttingen 1856.

Kudrun, herausgegeben von Ernst Martin, Halle 1902, in der Germanistischen Handbibliothek Bd. 2.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B.

Landfriede zu Augsburg, Römischer Keyserlicher Majestat und deß heyligen Reichs Landtfriden auff dem Reichstag zu Augspurg auffgericht. Anno MDXLVIII. Gedruckt inn der Churfürstlichen Stadt Meyntz durch Juonem Schöffer, Anno MDXLVIII.

Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B.

Lexer, Mittelhochdeutsches Handwörterbuch.

Lex Ribuaria, ed R. Sohm, Hannover 1883.

von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 10. Aufl.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901. In den Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts herausgegeben von Leonhard Heft 5.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar.

Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft. 1900.

Monumenta Germaniae historica, Legum Sectio IV, Constitutiones, Tomus I. Hannover 1893.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches. 3. Aufl.

Nußbaum, Eigentumserwerb an widerrechtlich erlegtem Wilde. Diss. Erlangen 1897.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 6. Aufl.

Parzival, von Wolfram von Eschenbach, herausgegeben von Ernst Martin, Halle 1900, German. Handbibl. IX.

Pfenningsdorf, Das Jagdrecht und der Eigentumserwerb an jagdbaren Tieren nach gem. Recht. Diss. Rostock 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar.

Protokolle der Komission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B. 1899.

Puchta, Institutionen.

Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.

Regelsberger, Pandekten. Im „Systemat. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft", herausgegeb. von Binding, I. Abteilung, 7. Teil. 1893.

Rehbein und **Reincke,** Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. 2. Aufl. 1882.

Sachsenspiegel, herausgegeb. von Homeyer. Berlin 1861.

Schloßmann, Der Vertrag. Leipzig 1876.

Schmitt, Okkupation als Eigentumserwerb. Diss. Erlangen.

Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 4. Aufl. 1902.

Schütze, Vom Eigentumserwerb am Wilderergut. Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 6. Leipzig 1863.

Seibertz, Das westfälische Jagdrecht. Im Neuen Archiv für preuß. Recht und Verfahren. 15. Jahrgang. 1852.

Soergel, Rechtsprechung. 1902.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B.

Staudinger, Einiges über Aneignung von Tieren mittels Jagd. In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 63 Nr. 16.

von Stenglein, Lexikon des deutschen Strafrechts. 1900.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechtes. 3. Aufl.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B. In Jherings Jahrb. für Dogm. Bd. 38.

Wagner, Die preußische Jagdgesetzgebung. Berlin 1883.

Weber, Franciscus Antonius, Theses inaugurales de Regalibus in Constitutione Friderici I. Imperatoris. Duisburgi ad Rhenum, Tüpis Johannis Sas, anno MDCCXLVII.

Wilke, Die Streitfrage nach dem rechtlichen Schicksal des vom Unbefugten okkupierten Wildes. Diss. Erlangen 1898.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.

Zimmerische Chronik, herausgeg. von Barack. Tübingen 1869.

Einleitung.

In dem Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich bei der Behandlung der „Aneignung“ in den §§ 958—961 der Ausdruck „herrenlos“. Mit ihm hat sich das B.G.B. einem seit Jahrhunderten in der Rechtswissenschaft gepflegten Sprachgebrauche angeschlossen.

Aus dieser Tatsache heraus könnte gefolgert werden, daß dieses Wort durch seine langjährige Übung eine ganz spezifische Bedeutung angenommen habe und so zu einem Allgemeingut unseres Sprachschatzes geworden sei. Dementsprechend ist auch die Bedeutung des Begriffes „herrenlos“ als „eigentumslos“ allseitig anerkannt. Aber mit dieser Definierung ist die Auslegung des Begriffes noch nicht erschöpft. Im Gegenteil, sie führt uns gerade auf eine Reihe von Fragen; denn das Gesetzbuch hat weder die Voraussetzungen, unter denen die Herrenlosigkeit einer Sache entsteht, bezw. als bestehend anzunehmen ist, noch die aus dem Bestehen dieser Eigenschaft zu folgernden Wirkungen ergiebig geregelt.

Zur besseren Würdigung derartiger Fragen ist ein Rückblick auf das römische und deutsche Recht geboten. Daher bespricht der erste Abschnitt dieser Abhandlung den unserem heutigen „herrenlos“ entsprechenden Begriff

des römischen und des deutschen Rechtes an der Hand der wichtigsten Beispiele.

In den darauf folgenden Abschnitten sollen die aus dem Begriffe „herrenlos“ im Bürgerlichen Gesetzbuche sich ergebenden Fragen erörtert werden. Da das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „herrenlos“ nur in dem Abschnitt über Aneignung gebraucht und letztere nach dem System dieses Gesetzes sich nur auf bewegliche Sachen bezieht, so beschäftigt sich unsere Arbeit nur mit beweglichen „herrenlosen“ Sachen. Die hier einschlägigen Vorschriften über Grundstücke, für welche sich nur im Einführungsgesetze zum B.G.B. Art. 190 die Bezeichnung „herrenlos“ findet, sind an passender Stelle kurz erwähnt.

Der zweite Hauptteil der Arbeit beginnt mit der Entstehung der Herrenlosigkeit nach heutigem Rechte. Er untersucht diese ausführlich nach objektiven und subjektiven Momenten, wie sie entweder ursprünglich durch eine Schöpfung der Natur oder nach voraufgegangenem Eigentum regelmäßig durch eine Handlung des Menschen hervorgerufen wird. Die hier maßgebenden Bestimmungen des positiven Rechtes erfordern zu ihrer Auslegung ein Eingehen auf die heutige Besitzlehre und die Lehre von Willenserklärung und Rechtsgeschäft.

Wie mit seiner Entstehung, so sind aber auch mit dem Bestehen des Begriffes eine Reihe von Rechtsfragen verknüpft, die zu Zweifeln Anlaß geben. Daher wird das Bestehen der Herrenlosigkeit und die von der Rechtsordnung daran geknüpften Wirkungen erörtert werden. Nach kurzem Hinweis anf den von der Rechtsordnung dem Begriff „herrenlos“ gewährten Schutz kommen wir

zu der wesentlichsten Zweckbestimmung der herrenlosen Sachen, die darin besteht, daß sie auf Grund erfolgter Aneignung ihren bisherigen Charakter abstreifen und in das Eigentum des Aneignenden treten. Die Verwirklichung dieser Zweckbestimmung führt zur Besprechung der gesetzlichen Erfordernisse der Aneignung, insbesondere des Eigenbesitzes, und ihrer rechtlichen Natur.

Es folgen sodann die Fälle, in denen der Eigentumserwerb an herrenlosen Sachen gesetzlich ausgeschlossen ist. Hierbei werden außer den gesetzlichen Aneignungsverboten die dinglichen Aneignungsrechte einer eingehenden Prüfung unterzogen und der Eigentumserwerb am Wilderergut erörtert werden. Das Gesetzbuch selbst wird uns dabei als Wegweiser dienen und zu einer besonderen Besprechung der für herrenlose wilde Tiere und Bienen gegebenen Sondervorschriften veranlassen.

Den Abschluß möge eine auf Ausführlichkeit keinen Anspruch erhebende Zusammenstellung der nach heutigem Rechte als „herrenlos“ in Betracht kommenden Sachen bilden.

Erster Teil.

Geschichtliches.

1. Unsere heutige Aneignungslehre entspricht in ihren Grundzügen der Okkupation des römischen Rechtes. Letztere war eine Eigentumserwerbsart des jus gentium und bestand in der einseitigen Besitzergreifung einer „res nullius".[1])

Dem Erfordernis der „res nullius" entspricht der für die heutige Aneignungslehre bedeutsame Begriff der „herrenlosen" Sache. Ehe wir auf diesen selbst eingehen, ist daher die „res nullius" des römischen Rechtes zu erörtern.

Nach ungeteilter Rechtsauffassung ist darunter eine Sache zu verstehen, die in niemandes Eigentum steht.[2])

Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Sache noch niemals in jemandes Eigentum gestanden hat, oder ob sie zwar früher einen Eigentümer hatte, jetzt aber des Eigentümers entbehrt; auch wird grundsätzlich zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen nicht unterschieden.[3])

[1]) vgl. l. 3 pr. D. 41, 1: quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur; ferner § 12 J. II, 1 und Gaj. Inst. II, 66.

[2]) vgl. Puchta, Inst. II § 241; Dernburg, Pand. I § 203.

[3]) vgl. Puchta, Dernburg a. a. O.; Brinz, Pand. I § 148.

Im einzelnen ist der Begriff der res nullius sehr mannigfaltig, und die Voraussetzungen, unter denen er entsteht oder endigt, geben zu einer näheren Erörterung Anlaß.

Zu den res nullius, die bisher noch niemals in jemandes Eigentum standen, gehören namentlich Objekte, „welche die Natur beständig neu erzeugt".[1]) Das sind insbesondere „omnia animalia, quae terra, mari, caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces", solange sie sich in der natürlichen Freiheit befinden, wobei es gleichgültig ist, ob sie die Freiheit noch nie verloren, oder ob sie sie jetzt wiedererlangt haben.[2])

Sie werden Eigentum des Okkupanten ohne Unterschied, ob er sie auf seinem eigenen Grundstück oder auf einem fremden erlangt. Denn das römische Recht kennt nicht ein nur bestimmten Personen, etwa den Grundstückseigentümern zustehendes, ausschließliches Aneignungsrecht, geschweige denn etwa ein ipso jure wirkendes Eigentum des Grundeigentümers an den auf seinem Grund und Boden sich in der natürlichen Freiheit befindenden wilden Tieren. Infolgedessen hat dieser an ihnen auch kein Vorzugsrecht dinglichen Charakters gegenüber Dritten, so daß der Dritte durch Okkupation eines solchen Tieres auf fremdem Boden nicht etwa in ein dingliches Recht des Grundeigners an dem Tiere eingreift. Freilich kann jeder Grundeigentümer einem Dritten, der zum Zwecke der Jagd oder des Vogelfanges sein Grundstück betreten will, dies verbieten und

---

[1]) So Dernburg, Pand. I. 2. Abt. § 203 S. 83.

[2]) vgl. l. 1 § 1, l. 3 pr. D. 41, 1; §§ 12ff. J. II, 1.

gegen ihn die aus seinem Eigentum bezw. seinem Besitz ihm zustehenden Schutzmittel ergreifen.[1]) Da aber dem römischen Rechte weitere Beschränkungen im Jagen wilder Tiere unbekannt sind, so konnte sich ein Jagdrecht in unserem Sinne nicht bilden.[2])

Wenn ferner die Ansicht des Florentinus in l. 6 D. 41,1 und in l. 2 eod. tit. richtig wäre, dann wären die Tierjungen des im Eigentum stehenden Mutterviehes im Moment der Geburt ebenfalls als res nullius aufzufassen. Denn nach l. 6 in Verbindung mit l. 5 § 7 und nach l. 2 in Verbindung mit l. 1 § 1 tit. cit. wird sofort jure gentium Eigentum des Okkupanten: quae ex animalibus dominio nostro eodem jure subjectis nata sunt, bezw. vel quae ex his apud nos sunt edita. Dem steht jedoch der Text von l. 28 pr. D. 22,1 und von l. 68 § 1 D. 7,1 gegenüber, wonach die Tierjungen als Frucht des Muttertieres aufzufassen sind und daher in der Regel dem Eigentümer des Muttertieres ohne weiteres mit der Trennung nach den Regeln des Fruchterwerbes zufallen.[3])

Wenn nun entgegen dieser allgemein anerkannten Lehre Florentinus vom Eigentumserwerb an den Tierjungen durch „capere“ spricht, so wird dies dahin zu erklären sein, daß er auf dem schroffen Standpunkt steht,

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. I § 203 Anm. 11.

[2]) vgl. l. 3 § 1 D. 41,1: nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi, ne ingrederetur. s. auch Puchta II § 241.

[3]) vgl. Dernburg, Pand. I. § 78 Anm. 8 und § 205.

der Eigentumserwerb sei nur durch einen äußerlich wahrnehmbaren Akt des Erwerbers, wie ein ausdrückliches „capere“ möglich. Eine solch strenge Auffassung ist jedoch nicht zu billigen. Sie würde zu bedenklichen Konsequenzen führen, da dann das Tierjunge vor dem erfolgten Akt des „capere“ als res nullius angesehen werden müßte, so daß ein furtum daran ausgeschlossen wäre.

Zu den res nullius gehören ferner die Naturprodukte des Meeres und die insula, quae in mari nascitur.[1]) Sodann gibt es eine andere Gruppe von res nullius, die zwar früher im Eigentum standen, aber jetzt des Eigentümers entbehren, vor allem die derelinquierten Sachen. Daß eine Sache durch Dereliktion aufhört, unser Eigentum zu sein, und nunmehr als res nullius durch Okkupation zu Eigentum erworben werden kann, besagt l. 1 D. 41, 7: si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus acquiruntur.

Derelinquiert wird aber die Sache dadurch, daß der Eigentümer sich ihres Besitzes entledigt in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten.[2])

Während bei den derelinquierten Sachen, und zwar bei beweglichen wie unbeweglichen in gleicher Weise, der Eigentumsverlust auf der freien Entschließung des bisherigen Eigentümers beruht, bringt es die Natur der wilden Tiere mit sich, daß sie auch ohne jene bei der Dereliktion

---

[1]) l. 7 § 3 D. 41,1; vgl. Böcking, Inst. I § 68 S. 247.

[2]) vgl. § 47 J. II, 1: pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet.

geforderte Absicht des Eigentümers ihren ursprünglichen Charakter als res nullius wiedererlangen können, wenn sie ihn vorher durch Geburt in der Gefangenschaft oder durch Okkupation verloren hatten. So werden gefangene wilde Tiere zu res nullius dadurch, daß sie die natürliche Freiheit wiedererlangen;[1]) die gezähmten — quae consuetudine abire et redire solent — werden es ebenfalls, sobald sie den ihnen innewohnenden animus revertendi, äußerlich dokumentierbar durch Aufgeben der consuetudo revertendi abgelegt haben.[2]) An zahmen Tieren dagegen bleibt das Eigentum bestehen, auch wenn sie dauernd dem Gewahrsam ihres Herrn entschwinden.[3])

Auch die dem Feinde gehörenden Sachen gelten nach römischem Rechte als res nullius, da sie ebenfalls als Gegenstand der Okkupation genannt werden.[4])

Jedoch waren die dem Feinde abgenommenen Grundstücke von der allgemeinen Okkupation ausgeschlossen, da sie lediglich dem römischen Staate anheimfielen.[5])

Ferner wurden die einem Römer gehörigen Sachen in dem Augenblick, da sie in Feindesgewalt kamen, res

---

[1]) l. 3 § 2 und l. 5 pr. D. 41, 1.

[2]) s. l. 5 § 5 D. 41, 1; vgl. Jhering, Besitzwille S. 292ff. Anm. 1.

[3]) vgl. l. 5 § 6 D. 41, 1; Dernburg, Pand. I § 223; Puchta, Inst. § 241 Anm. u.

[4]) vgl. l. 5 § 7 D. 41, 1: item quae ex hostibus capiuntur, jure gentium statim capientium fiunt; vgl. auch § 17 J. II, 1.

[5]) vgl. l. 20 § 1 D. de captivis 49, 15: publicatur enim ille ager, qui ex hostibus captus sit; vgl. Böcking, Inst. I § 74 i.

nullius und fielen daher nach ihrer Befreiung aus Feindeshand dem Okkupanten anheim.[1])

Ein Reihe von Sachen traten aber mit jener Befreiung — simulatque ad nos redeundi causa profugit ab hostibus et intra fines imperii nostri esse coepit, l. 30 D. 49,15 — wieder in ihre frühere rechtliche Lage ein, also auch in ihre frühere Eigentumsbeziehung. Diese Ausnahme genießen diejenigen Sachen, die das jus postliminii haben, wie Pferde, Maultiere, die im Kriege gebraucht werden, Kriegsschiffe, nicht aber Fischer- und Verkehrsschiffe, auch nicht etwa Waffen und Kleidung, wohl aber Sklaven.[2])

In all den geschilderten Fällen können nach römischem Rechte grundsätzlich bewegliche wie unbewegliche Sachen, wenn ihre Eigenschaft als res nullius feststeht, durch Okkupation zu Eigentum erworben werden.

2. Das deutsche Recht weicht hierin wesentlich vom römischen Rechte ab.

Die dem Begriffe „res nullius“ entsprechende „herrenlose“ Sache im deutschen Recht führt ihren Namen von dem mittelhochdeutschen Adjektivum „hêrrenlôs“, welches in den deutschen Quellen in verschiedenen Bedeutungen wiederkehrt.[3])

Es heißt grundsätzlich „keinen Herren habend“ und wird absonderlich von „landläufern und müßiggängern“ gesagt, „herrenloses gesind“. In diesem Sinne finden wir es bei Frisch, Deutsch-Lateinisches Wörterbuch I. Teil

---

[1]) vgl. Puchta Bd. 2 § 241.

[2]) vgl l. 2, l. 3, l. 19 § 10; l. 28, l. 30 D. de capt. 49,15.

[3]) vgl. Jakob und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch Bd. 4, 2. Abt. Leipzig 1877, S. 1140.

Berlin 1741, 1,446a und in der Zimmerischen Chronik 4, 198, 17: „als durch ganz Deutschlandt so vil herrenloser Knecht und böser bueben umbher geloffen sein", ferner im Kaiserlichen Landfrieden von Augsburg von 1548, tit.24, welcher handelt „von den Herrnlosen Knechten, so sich understehn zu versamlen und die armen Leut zu beschweren".[1])

Selbst in einigen Denkmälern ältester deutscher Dichtkunst begegnen wir dem Worte „herrenlos", so in Wolfram von Eschenbachs Parzival und in Gudrun.[2])

Daneben hat das Wort rein juristische Bedeutung gewonnen, indem es zur Bezeichnung einer Sache dient, die keinen Herren im Sinne von Eigentümer hat.[3])

Diese Eigenschaft einer Sache gibt freilich auch im deutschen Rechte die Möglichkeit, an ihr Eigentum durch Besitzergreifung zu erwerben; jedoch ist dies nicht so allgemein

---

[1]) s. Römischer Keyserlicher Maiestat und deß heyligen Reichs Landtfriden auff dem Reichstag zu Augspurg auffgericht: Gedruckt durch J. Schöffer, Meyntz, Anno MDXLVIII, pag. 17v, 18, 18v.

[2]) vgl. Lexer: Mittelhochdeutsches Handwörterbuch Bd. 1 S. 1260. s. Parzival IX, Strophe 494 Zeile 7ff.:

wirt ieuder hêrrenlôs ein lant,
erkennt si dâ die gotes hant,
sô daz din diet eins hêrren gert
vons grâles schar, die sint gewert.

und Parzival IX, 495, 12:

unt ander die got hât gesant
ze hêrrn in hêrrenlôsin lant.

s. Gudrun Strophe 900 Zeile 3:

„der herrenlôsen wâfen wart dâ vil vunden."

[3]) vgl. Grimm a. a. O.

und so uneingeschränkt der Fall, wie im römischen Rechte. Denn das deutsche Recht hat eine Anzahl spezieller Aneignungsrechte gebildet, „teils zugunsten des Landesherren oder des Fiskus, teils zugunsten der Grundeigentümer, auf deren Boden sich Sachen befinden, teils zugunsten solcher Personen, die infolge erster Entdeckung eines Gegenstandes sich in eine gewisse Beziehung zu demselben gesetzt haben".[1])

Demgemäß zerfallen die herrenlosen Sachen des deutschen Rechts in zwei Hauptgruppen, nämlich in solche, welche nur von bestimmten Personen zu Eigentum erworben werden können, und solche, welche der beliebigen Aneignung eines jeden unterliegen. Zu den ersteren gehören Grundstücke, bergbauwürdige Mineralien, jagdbares Wild, auch Fische und Bienen; die letzteren beschränken sich auf nicht bergbauwürdige Mineralien, nicht jagdbare Tiere, Beeren, Pilze u. dergl., sofern ihre Aneignung im Freien erlaubt ist, ferner derelinquierte Sachen und in beschränktem Umfange auf die „in rechter Fehde und in rechtem Kriege" genommene Beute.[2]) Da die der freien Aneignung entzogenen die wichtigsten herrenlosen Sachen des deutschen Rechtes sind, so seien einige von ihnen besonders hervorgehoben.

I. An herrenlosen Grundstücken konnte allerdings, nachdem sich durch den Übergang von der gemeinschaftlichen zur Sondernutzung nach längerer Dauer das Sondereigentum am Grund und Boden gebildet hatte, ursprünglich durch Okkupation allgemein und insbesondere an der Al-

---

[1]) So Stobbe-Lehmann Bd. 2 § 110 S. 415.

[2]) So Stobbe-Lehmann II, 1 § 110 S. 415/16.

mende von den Gemeindegliedern durch Rodung Eigentum erworben werden.[1]) Jedoch bildete sich schon im fränkischen Reiche der Grundsatz, daß „herrenloses Land dem ausschließlichen Aneignungsrecht des Königs unterliege und nur mit seiner Bewilligung in Privathände übergehen könne".[2]) Dieser Grundsatz wurde auch in Deutschland anerkannt. So heißt es von einem Walde, den Kaiser Heinrich II. im Jahre 1018 dem Kloster Meinradscell — Maria-Einsiedeln — schenkte: „quandam silvam inviam et incultam, et ob hoc nostrae proprietati deputatam."[3]) Ferner ist der Grundsatz in dem Altenburger Stadtrecht von 1256, § 24, bestätigt worden dadurch, daß derelinquiertes Land dort dem Reiche zu Eigentum zugesprochen wird: „quicumque proprietatem suam infra civitatem per annum et diem desertam reliquerit, potestati Imperii haec proprietas asscribetur."[4]) Endlich führt Beseler — in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte II S. 402 f. — eine von Kaiser Heinrich V. ausgestellte Urkunde an, in der sein Hofgericht den Grundsatz feststellte, „daß es allein dem Kaiser zustehe, über herrenlose Wüsteneien zu verfügen": „ . . . eam vastitatem cuilibet inviae heremi nostrae imperiali cedere potestati."

---

[1]) So Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 1887, I S. 58, 62, 205; Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 4. Aufl. S. 206.

[2]) So Schröder a. a. O. S. 208; vgl. Stobbe-Lehmann II § 122 S. 526; Brunner a. a. O. S. 75.

[3]) s. Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 3; Böhmer, acta imperii I no. 41 S. 39.

[4]) vgl. Gengler, Stadtrechte S. 7.

In der ferneren Zeit entwickelte sich dann ein landesherrliches Regal, das in vielen Partikularrechten, so im Preußischen Landrecht — A.L.R. I, 9 § 15, II, 16 §§ 3, 18 ff. — und im Code civil Art. 539, 713 — anerkannt wurde.[1])

II. Die herrenlosen Fossilien konnte ursprünglich jeder Grundeigentümer, soweit sie sich in seinem Grund und Boden befanden, für sich erwerben. Außerdem war wahrscheinlich jeder Gemeindegenoß berechtigt, auf der Almende die Mineralien zu gewinnen.[2])

In der ersten Hälfte des 12. Jahrhunderts entwickelte sich dann die Regalität des Bergbaues, die z. B. in der Constitutio de regalibus von 1158 in bezug auf die Silberbergwerke ausdrücklich betont ist.[3])

Die Könige verliehen das Recht zum Bergbau regelmäßig weiter an die Landesherren; so hat es König Karl IV. durch die Aurea Bulla i. J. 1356 den Kurfürsten allgemein gegeben.[4])

---

[1]) vgl. Stobbe-Lehmann a. a. O. Anm. 4.

[2]) vgl. Stobbe-Lehmann II, 1 § 124 S. 538 ff.; Achenbach, Das Gemeine Deutsche Bergrecht, Bonn 1871, I S. 69 ff.

[3]) vgl. Stobbe-Lehmann II § 124 S. 541 Anm. 11; s. Monumenta Germaniae historica, Legum sectio IV, Tom. I S. 244; ferner Franciscus Antonius Weber: De regalibus in Constitutione Friderici I. Imp. etc., Duisburgi 1747, § XVII S. 24.

[4]) s. Aurea Bulla c. 9: statuimus, — quod — Boemie Reges, nec non universi et singuli Principes Electores- universas auri et argenti fodinas, atque mineras stanni, cupri, ferri plumbi, et alterius cujuscumque generis metalli, — in principatibus, terris, dominiis, et pertinenciis suis tenere juste possint, et legitime possidere; vgl. Kraut, Grundriß § 104 Nr. 1.

In der weiteren Entwicklung haben dann die Landesherren die Großen ihres Landes, insbesondere auch die Klöster mit diesem Rechte bedacht. Jedenfalls darf es später als die Regel angesehen werden, daß den Landesherren in ihren Territorien das ausschließliche Aneignungsrecht an den wichtigsten Mineralien, regelmäßig den Metallen und dem Steinsalz, zustand, und daß ein Dritter nur auf Grund landesherrlicher Genehmigung Bergbau treiben durfte.[1])

Daneben hat sich freilich im Mittelalter auch die Bergbaufreiheit erhalten, und in neuester Zeit ist das eigentliche Bergregal in Deutschland verschwunden und an seine Stelle eine in den Territorien verschieden geregelte Bergbauhoheit getreten.[2])

III. Das frei sich tummelnde Wild galt wie im römischen Rechte als herrenlos; jedoch war schon frühzeitig mit dem Grundeigentum die ausschließliche Befugnis zum Jagen des auf dem eigenen Grund und Boden befindlichen Wildes verknüpft, und unbefugtes Jagen auf fremdem Boden wurde bestraft.[3])

Vom neunten Jahrhundert ab nahmen die Könige das Jagdrecht in weitem Maße selbst auf fremdem Grund und

---

[1]) vgl. Stobbe-Lehmann II § 124 S. 543.

[2]) vgl. Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 545.

[3]) So bestimmt die lex Salica Tit. 35 § 1 — im Corpus Juris Germ. Tom. I S. 48 — : si quis de diversis venationibus aliquid aut furaverit, aut celaverit, 1800 denarios, qui faciunt solidos 45, culpabilis judicetur; vgl. ferner lex Ribuaria XLII, 1: si quis de diversis venationibus furaverit et celaverit, seu et de piscationibus, 15 solidos culpabilis judicetur.

Boden für sich in Anspruch und forsteten daher ganze Wälder ein, die sie zu Bannforsten erklärten und in denen nur der König, oder wem der König das Recht verlieh, jagen durfte. Die Nichtbeachtung dieser Bestimmung hatte die Strafe des Königsbannes — 60 solidi — zur Folge.[1])

Im Laufe der Jahrhunderte hat dann das Jagdrecht in den deutschen Staaten eine sehr verschiedene Entwicklung erfahren, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Es sei nur bemerkt, daß in der Regel das Jagdrecht nicht der Allgemeinheit zustand, sondern auf einen durch die Partikularrechte bestimmten Kreis von Aneignungsberechtigten beschränkt war.

IV. Ferner kannte das deutsche Recht besondere Bestimmungen für herrenlose Tauben, Bienen und insbesondere Fische. Für letztere beanspruchten schon früh die Könige und dann auch die Landesherren das ausschließliche Aneignungsrecht in den öffentlichen Flüssen, so daß andere Personen nur mit ihrer besonderen Einwilligung dort die Fischerei ausüben durften.[2])

---

[1]) vgl. Seibertz, Das Westfälische Jagdrecht, im Neuen Archiv für Preuß. Recht und Verfahren XV S. 10 ff.; Sachsenspiegel, Sächs. Landrecht II, 61 § 2; Stobbe-Lehmann II § 127 S. 567/68; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II S. 75; Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 210 Amn. 44.

[2]) vgl. Stobbe-Lehmann II, 1 § 128 S. 585 Anm. 6; Kraut, Grundriß § 91; Böhmer, acta imperii No. 250 S. 226: „concedimus etiam insuper et imperiali largitate donamus ipsi monasterio usum ipsius fluminis et aquae a loco ubi oritur usque ad pontem Righi . . .“

Die Constitutio de regalibus vom Jahre 1158 [1]) hat die Fischerei zunächst nur für die Lombardei zu einem Regal erklärt, ist aber durch die spätere Aufnahme in das Corpus Juris nicht ohne Einfluß auf die Entwicklung der Regalität der Fischerei in den öffentlichen Flüssen Deutschlands geblieben.[2])

V. Es bleiben noch zu erwähnen Sachen, die zwar nicht herrenlos im Sinne von eigentumslos sind, an denen aber das deutsche Recht ein der Okkupation analoges spezielles Aneignungsrecht zugunsten solcher Personen geschaffen hat, die „infolge erster Entdeckung dieser Sachen sich in eine gewisse Beziehung zu ihnen gesetzt haben". Hierhin gehören der Fund, der Schatz und das Strandgut.[3])

---

[1]) s. Mon. Germ. hist., Leg. sectio IV Tom. I S. 244; ferner Franciscus Antonius Weber a. a. O. § XIX S. 27.

[2]) vgl. Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 586.

[3]) So Stobbe-Lehmann II, 1 § 110 S. 415 und § 131.

Zweiter Teil.

Geltendes Recht.

Erster Abschnitt.

Die Entstehung des Begriffes „herrenlos".

Nachdem wir den Begriff „herrenlos" im römischen und deutschen Rechte kennen gelernt haben, gehen wir jetzt zur Erörterung seines Wesens und seiner Wirkungen im heutigen Rechte über. Allgemein wird unter einer „herrenlosen" Sache auch heute eine solche verstanden, welche in niemandes Eigentum steht. Wenden wir uns zunächst zur Entstehung dieser Eigenschaft, so finden wir, daß die Herrenlosigkeit bei manchen Sachen von vornherein in dem Augenblicke beginnt, wo diese äußerlich in Erscheinung treten. Es sind dies heute wie im römischen Recht alle Erzeugnisse, welche die Natur fortgesetzt neu hervorruft, insbesondere die wilden Tiere, Fische, Muscheln des Meeres usw. Andere Sachen wiederum werden erst herrenlos, wenn ihr bisheriger Eigentümer in der Absicht, auf sein Eigentum zu verzichten, ihren Besitz aufgibt (§ 959 B.G.B.). Die Voraussetzungen für die Entstehung dieser Herrenlosigkeit sind einer näheren Prüfung zu unterziehen.

Der Eigentümer muß zunächst den Besitz der Sache aufgeben. Da letzterer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sowohl ein unmittelbarer, als auch ein mittelbarer im Sinne des § 868 sein kann, so wollen wir zuerst die Aufgabe des unmittelbaren Besitzes erörtern.

Nach § 856 B.G.B. wird der Besitz dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert, während eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt den Besitz noch nicht verloren gehen läßt.

Was zunächst bei der Besitzaufgabe das Willensmoment betrifft, so ist diesem nicht jede Bedeutung entzogen, wenn der animus auch als „selbständiges Begriffsmerkmal" entfernt ist.[1]) Schon der vom Gesetz gebrauchte Ausdruck „aufgeben" setzt, wie Gierke a. a. O. betont, „ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln" voraus.[2]) Es reiche aber „das dem äußeren Herrschaftsverhältnis entsprechende innere Willensverhältnis aus ohne Rücksicht auf seine juristische Qualifikation, so daß auch der im Rechtssinne Willensunfähige nach dem Maße seiner tatsächlichen Willensfähigkeit Besitz durch eigenes Handeln erwerben und aufgeben könne".[3])

Der für die Besitzaufgabe wesentliche Begriff der tatsächlichen Gewalt ist im Gesetz nicht geregelt, vielmehr seine nähere Bestimmung der Wissenschaft und Recht-

---

[1]) vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 4; Strohal, Sachbesitz nach B.G.B. S. 67.

[2]) vgl. auch Bekker, Besitz, in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 33.

[3]) So Gierke a. a. O. Anm. 4; vgl. ferner Bekker a. a. O. S. 28/29; Kniep, Besitz des B.G.B. S. 94 ff.

sprechung überlassen worden. Der Gesetzgeber hat es für besser befunden, ein Moment, das im täglichen Leben eine außerordentlich wichtige und mannigfaltige Rolle spielt, von Fall zu Fall der Beurteilung der Gesamtheit zu überlassen, als es in eine strenge Formel zu fassen, die unmöglich allen Verhältnissen gerecht werden und daher zu Unbilligkeiten führen könnte.

Da nun die Entstehung der Herrenlosigkeit durch die Besitzaufgabe bedingt ist, so bedarf der für letztere entscheidende Begriff der tatsächlichen Gewalt hier einer Erörterung, zumal er in der Literatur zu ausgiebiger Besprechung Anlaß gegeben hat.

Cosack[1]) verlangt zur Vollendung der Besitzaufgabe ein „dauerndes Entbehren" der tatsächlichen Gewalt. Letztere bestehe in einer solchen „Herrschaft über die Sache, daß der herrschende Besitzer imstande sei, auf die Sache selbst einzuwirken und zugleich die Einwirkungen anderer von ihr abzuhalten. Eine solche Herrschaft sei nicht schon dann tatsächlich, wenn sie bloß auf einen Rechtsanspruch sich gründe, der sich erst in der Zukunft verwirklichen solle, sondern erst, wenn sie bereits erfolgreich durchgeführt, d. h. gegenwärtig geworden sei".[2]) Auch Endemann[3]) hebt besonders hervor, daß bei der Besitzaufgabe der Nachdruck „auf dem physischen Verhältnis zur Sache" beruhe, so daß der einmal begründete Besitz fortdauere, bis „eine positive Aufhebungstatsache"

---

[1]) Lehrbuch des bürgerl. Rechts II § 188 S. 76.

[2]) vgl. Cosack a. a. O. II § 185 S. 60.

[3]) Lehrbuch des bürgerl. Rechts II § 36 S. 148 ff.

eintrete. Als „soziales Gewaltverhältnis sei der Besitz aber so lange als fortdauernd anzusehen, als die Sache in einer allgemein anerkannten und erkennbaren Beziehung zu dem Besitzesherrn stehe“. Im einzelnen Falle sei dies „nach dem Gemeinbewußtsein der Rechtsgenossen“ zu beurteilen, „wofür die im Volksleben gewachsenen und praktisch erprobten Erfahrungsgrundsätze maßgebend seien“.[1])

Dernburg[2]) sieht die nach ihm das Wesen des Besitzes darstellende tatsächliche Gewalt an als einen „befestigten, dauernden Zustand, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu der Annahme berechtigt, daß man über die Sache werde verfügen können“. Die Sache müsse „dem Spiel der Naturgewalten entrückt und eine dauernde Einwirkung Dritter ausgeschlossen sein, wofür es unter geordneten Verhältnissen genüge, wenn die Sache erkennbar unserer tatsächlichen Herrschaft unterstellt sei“.

Von Kommentatoren seien Planck und Staudinger angeführt.

Die tatsächliche Gewalt setzt Planck[3]) in Gegensatz zu der rechtlichen, der „von der Rechtsordnung verliehenen“, und die hier erforderliche Gewalt faßt er auf als „eine Erscheinung des Gemeinschaftslebens, welche die Rechtsordnung als gegeben vorfindet“. „Sie decke sich nicht mit physischer Gewalt, der körperlichen Herrschaft über die Sache mit der Möglichkeit, die Einwirkungen

---

[1]) s. Endemann II § 34 S. 140.

[2]) Bürgerl. Recht III § 11 S. 44/45.

[3]) Bd. 3 § 854 S. 32.

anderer auf die Sache abzuwehren, sondern sei die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache."

Staudinger[1]) betont, daß „das maßgebende Kriterium darin liege, ob der Besitzer imstande sei, Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen".[2]) „Dies sei aber nicht eng körperlich zu verstehen, sondern im weiteren Sinne nach den Anschauungen des Lebens und des Verkehrs unter freier Würdigung der verschiedenen Tatbestände."

Endlich seien noch die Ausführungen von Goldschmidt über den Begriff der tatsächlichen Gewalt in seinen Studien zum Besitzrecht[3]) erwähnt. Nach ihm ist die hier in Betracht kommende tatsächliche Gewalt „nicht diejenige, welche der einzelne haben wolle oder zu haben vermeine, sondern ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheine".

So die Ansichten einiger Autoren über die hier zu erforschende tatsächliche Gewalt.

Es würde über den Rahmen unserer Aufgabe hinausgehen, wollten wir des näheren auf die Einzelheiten bei den angeführten Schriftstellern eingehen, zumal bei ihnen keine Meinungsverschiedenheit sich findet, die für die Entscheidung der Frage nach der Aufgabe des Besitzes und der damit verbundenen Entstehung der Herrenlosigkeit von Bedeutung sein könnte.

Als Ergebnis der angestellten Betrachtungen kann man den für die Kenntnis der Besitzaufgabe erforderlichen

[1]) Kommentar zum B.G.B. Bd. 3 § 854 S. 7.

[2]) vgl. Protokolle S. 3334.

[3]) Sonderabdruck S. 2/3.

Begriff der tatsächlichen Gewalt zusammenfassen als einen befestigten, dauernden Zustand, ein Gewaltverhältnis des Menschen über die Sache, das dem Gemeinbewußtsein nach Maßgabe der Anschauungen des Lebens und des Verkehrs als tatsächliche Gewalt erscheint.

Damit nun der Eigentümer einer Sache, der ein derartiges Gewaltverhältnis, wie wir es soeben geschildert, über die Sache ausübte, dieses Gewaltverhältnis aufgebe, um die Herrenlosigkeit herbeizuführen, ist erforderlich, daß er die bisherige tatsächliche Gewalt wirklich verliere; denn auch das Aufgeben der tatsächlichen Gewalt ist nur ein Fall von Verlust, wie aus den Worten des Gesetzes „oder in anderer Weise verliert“ zu entnehmen ist.[1]) Durch die Fassung des § 856 Abs. 1 B.G.B. sollte nur zum Ausdruck gebracht werden, daß der Besitzverlust sowohl ein freiwilliger, als auch ein unfreiwilliger, unabhängig vom Willen des Besitzers sein könne.[2]) Jedenfalls reicht eine bloße Willenserklärung des unmittelbaren Besitzers, daß er seinen Besitz aufgebe, zur Besitzaufgabe grundsätzlich nicht aus, weil sie nach der hier maßgebenden Verkehrsanschauung in der Regel den Verlust der tatsächlichen Gewalt noch nicht herbeiführt.[3]) Ausnahmsweise kann allerdings auch durch bloße Willenserklärung der Besitz aufgegeben werden. Dies ist dann der Fall, wenn der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache zwar nicht ausübt, wohl aber in der Lage ist, sie auszuüben.[4])

---

[1]) So auch Planck III § 856 Erl. 2.

[2]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht III § 21; Bekker a. a. O. S. 10.

[3]) vgl. Planck III § 856 Erl. 2.

[4]) vgl. Planck a. a. O. in Verbindung mit § 854 Abs. 2 B.G.B.

Da demgemäß für die Besitzaufgabe der fast in jedem einzelnen Falle anders gestaltete Begriff der tatsächlichen Gewalt die Hauptrolle spielt, so lassen sich für die Frage, ob der Eigentümer den Besitz zur Herbeiführung der Herrenlosigkeit aufgegeben habe, allgemein gültige, auf alle Fälle passende Rechtssätze nicht aufstellen. Vielmehr muß diese Frage von Fall zu Fall entschieden werden unter Berücksichtigung der Anschauungen des Verkehrs und des praktischen Lebens.[1])

Wir wenden uns nun zur Besprechung der Besitzaufgabe, wenn der Eigentümer nicht unmittelbarer, sondern nur mittelbarer Besitzer ist, d. h. wenn ein anderer die Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis besitzt, vermöge dessen er dem Eigentümer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist.[2]) Dies wird in der Regel durch eine Einigung des mittelbaren mit dem unmittelbaren Besitzer geschehen, so daß der bisherige unmittelbare Besitzer den Besitz behält, aber aus dem ihn mit dem mittelbaren Besitzer gemäß § 868 verbindenden Rechtsverhältnis entlassen wird. Rechtlich beruht der mittelbare Besitz auf dem in § 868 charakterisierten Verhältnis des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer; infolgedessen wird eine Veränderung in der Besitzlage des einen nicht ohne Wirkung auf die Besitzlage des anderen sein können. Auch die Besitzaufgabe seitens des mittelbaren Besitzers wird daher ihren Einfluß auf die Stellung des

---

[1]) vgl. Planck a. a. O.

[2]) § 868 B.G.B.

unmittelbaren Besitzers geltend machen, da mit dem bisherigen mittelbaren Besitz gerade die Grundlage des zwischen den beiden Beteiligten bestehenden Verhältnisses vernichtet worden ist. Dieser Einfluß wird sich darin äußern, daß der bisherige unmittelbare, durch den mittelbaren gebundene Besitz nunmehr zum alleinigen Besitz geworden ist.

Was die Form der Besitzaufgabe anbetrifft, so wird der mittelbare Besitzer nicht einseitig auf seinen Besitz verzichten können, da ja sonst das zugrunde liegende Verhältnis nicht berührt würde, andererseits aber das Verhältnis gerade durch die Aufgabe des mittelbaren Besitzes seiner Grundlage beraubt wird. Wir sehen also, die Aufgabe des mittelbaren Besitzes kann nicht ohne eine Veränderung des bisherigen Verhältnisses erfolgen. Eine einseitige Verzichtserklärung ist aber nicht imstande, diese Wirkung herbeizuführen. Es wird daher einer Aufgabeerklärung des mittelbaren Besitzers gegenüber dem unmittelbaren bedürfen.[1])

Es ist aber auch möglich, daß der Eigentümer die Sache weder im unmittelbaren, noch im mittelbaren Besitze hat, wenn sie ihm z. B. gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist. Hier kann es zweifelhaft erscheinen, ob er imstande ist, die Sache zu einer herrenlosen zu machen, selbst wenn er die Absicht hat, auf das Eigentum zu verzichten; denn er scheint jetzt nicht mehr in der

---

[1]) Ebenso Planck III § 959 Erl. 1 b; Staudinger III § 959 Erl. 1 c; Biermann III § 868 Erl. 7; dagegen anderer Ansicht Cosack II § 188 S. 77.

Lage zu sein, gemäß § 959 B.G.B. den Besitz aufzugeben, da er ihn überhaupt nicht mehr hat.

Daher hält denn auch Planck[1]) hier einen einseitigen Eigentumsverzicht für unwirksam, so daß der dritte Besitzer der Sache, z. B. der Finder nicht durch Aneignung Eigentum erwerben könne.

Aber man darf die Worte des Gesetzes: „den Besitz aufgibt“ nicht zu eng fassen. Wenn auch der Besitz des Eigentümers dadurch, daß er ihm, wie z. B. beim Diebstahl, ohne seinen Willen entzogen wird, zerstört ist, so übt er doch jetzt noch seine Wirkungen zugunsten des vorher besitzenden Eigentümers aus. Denn letzterer ist befugt, von dem fehlerhaften Besitzer die Wiedereinräumung des Besitzes gemäß § 861 B.G.B. und ebenso von dem beim Besitzerwerb bösgläubig gewesenen Besitzer die Herausgabe der Sache gemäß § 1007 B.G.B. zu verlangen. Somit ist auch der zerstörte Besitz rechtlich nicht irrelevant, die frühere Besitzposition wirkt noch jetzt nach in einer Reihe von Befugnissen, über die zu verfügen in der Machtsphäre des früheren Besitzers liegt. Faßt man nun den „Besitz“ in § 959 B.G.B. nicht allzu eng auf, sondern deutet ihn als die Gesamtheit der aus der Rechtsposition des Besitzes sich ergebenden Befugnisse, so wird man den Begriff selbst auf die aus früherer, unfreiwillig zerstörter Besitzposition sich ergebenden Befugnisse ausdehnen können. Wenn aber, wie wir oben S. 32 gesehen haben, der Besitz selbst in manchen Fällen durch bloße Willenserklärung aufgegeben werden kann, so kann dies mit

[1]) III § 959 Erl. 1 b.

gleichem Erfolge auch hinsichtlich der aus zerstörtem Besitze nachwirkenden Befugnisse geschehen. Demgemäß wird der Eigentümer, der nicht mehr im Besitze der Sache ist, seinen Willen, auf die aus seiner früheren Besitzposition sich ergebenden Befugnisse und auf sein Eigentum zu verzichten, mit der Wirkung erklären können, daß die Sache herrenlos wird.[1]) Manigk[2]) verlangt sogar nicht einmal eine Willenserklärung, sondern erachtet schon den inneren Entschluß, das Eigentum aufzugeben, zum Eigentumsverluste für genügend. Diese Auffassung ist jedoch deshalb nicht richtig, weil der lediglich im Innern des Menschen gefaßte Wille, solange er nicht durch irgend eine Betätigung nach außen in Erscheinung tritt, für die Rechtsordnung überhaupt keine Bedeutung hat.[3])

Hat nun der Eigentümer den Besitz der Sache in einer der geschilderten Formen aufgegeben, so ist damit noch nicht ihre Herrenlosigkeit erzeugt; vielmehr muß er, damit dieser Erfolg erreicht werde, mit der Besitzaufgabe die Absicht verbinden, auf sein Eigentum zu verzichten. Die Motive S. 370/71 sagen daher: „Zu der Dereliktion einer beweglichen Sache gehört eine auf das Aufgeben des Eigentums gerichtete Willenserklärung des bisherigen Eigentümers, und der Dereliktionswille muß sich in einer tatsächlichen Lossagung von der Sache geäußert haben.

---

[1]) So auch Dernburg, Bürgerl. Recht III § 111, IIIb S. 334; Biermann, Kommentar Bd. 3 § 959 Erl. b.

[2]) Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 198.

[3]) vgl. Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts Bd. 1 § 73 S. 321 Anm. 1.

Das Aufgeben des Besitzes enthält nicht mit Notwendigkeit eine Dereliktion des Eigentums. Die Dereliktion des Eigentums hat weitergehende Wirkungen und ist deshalb auch an weitergehende Voraussetzungen zu knüpfen. Die Willenserklärung, das Eigentum aufzugeben, enthält zwar mit Notwendigkeit die Erklärung des Aufgebens des Besitzes, aber dieser Satz läßt sich nicht umkehren. Man kann wohl den Besitz nuda voluntate endigen lassen und diese Beendigung von der Endigung des Besitzes durch Aufhebung der tatsächlichen Gewalt scharf unterscheiden, aber bei dem Aufgeben des Eigentums ist zu verlangen, daß der Wille in dem Akte des Aufgebens der tatsächlichen Gewalt sich manifestiert."

Daher wird beispielsweise die von der Artillerie bei ihren Übungen verschossene Munition nicht herrenlos, da die betreffende Truppe an ihr nur den Besitz aufgegeben hat, jedoch nicht in der Absicht, damit auch auf das Eigentum zu verzichten.[1])

Ebenso steht es noch heute, wie schon im römischen Rechte mit den Sachen, die zur Erleichterung des Schiffes in Seenot über Bord geworfen werden.[2])

Der zur Entstehung der Herrenlosigkeit geforderte Verzichtswille muß auf die völlige Preisgabe, den absoluten Untergang des Eigentums gerichtet sein. Daher macht die Verzichtsabsicht zugunsten einer bestimmten, oder

---

[1]) vgl. Staudinger III § 959 Erl. 1; Biermann III § 959; Meisner, Komm. III § 959 Erl. 2c.; Dernburg, Bürgerl. Recht III § 111; s. auch das Beispiel bei Enneccerus u. Lehmann II § 26 S. 96 Nr. 2.

[2]) vgl. Biermann a. a. O.

auch einer noch unbestimmten dritten Person, z. B. „im Falle des Auslegens von Schriften bei einem wissenschaftlichen Kongresse zur Entnahme durch die Mitglieder“ die Sache noch nicht herrenlos. Vielmehr ist in letzterem Falle mit Dernburg das Angebot einer Übertragung zu sehen.[1])

Ebenso ist in dem sogen. iactus missilium, dem Auswerfen von Münzen unter die Menge, nicht eine Dereliktion, sondern eine traditio ad incertam personam zu sehen, da hier der Wille darauf gerichtet ist, die Münzen anderen Personen zuzuwenden.[2])

Mit Rücksicht auf die Gefahr, die darin liegt, den Unterschied zwischen einer solchen Tradition und der Dereliktion zu verkennen, hat denn auch nach den Mot. III S. 371 der Entwurf des Gesetzes alle Fälle ausdrücklich ausgeschieden, „in denen der bisherige Eigentümer die Inhabung der Sache einer anderen Person einräumen und nicht die Sache als eine herrenlose dem allgemeinen Zugriffe preisgeben will“.

Die vom Bürgerlichen Gesetzbuch geforderte Absicht des Eigentümers, auf sein Eigentum zu verzichten, läßt uns die Frage aufwerfen, ob denn jedermann in der ge-

---

[1]) s. Dernburg a. a. O. § 111 S. 334; vgl. auch Planck § 959 Erl. 1a und Biermann § 959 Erl. c.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. I § 213 Anm. 4; Enneccerus und Lehmann II § 26 S. 96 Nr. 2; Kuhlenbeck, Von den Pand. zum B.G.B. Bd. 2 S. 520 Anm. 2.

schilderten Weise die Herrenlosigkeit einer beweglichen Sache hervorrufen — kurz gesagt derelinquieren — kann, oder ob zu diesem Akte gewisse subjektive Momente vorausgesetzt werden, die nicht jeder Mensch erfüllt. Denn gerade diejenigen Handlungen, welche im Rechtsleben die wichtigste Rolle spielen, können nicht von jedermann vorgenommen werden. So sind die Willenserklärungen eines nach § 104 Geschäftsunfähigen gemäß § 105 B.G.B. nichtig. Um die aufgeworfene Frage beantworten zu können, muß demnach geprüft werden, welcher Art von rechtlich wirksamen Handlungen die Dereliktionshandlung zuzuzählen ist.

Die Rechtsordnung unterscheidet grundsätzlich Rechtsgeschäfte und Delikte. Die Delikte kommen hier nicht in Betracht, da bei ihnen die rechtliche Wirkung dem Willen des Handelnden zum Trotz eintritt.[1]) Es bleibt also zu untersuchen, ob die Dereliktion ein Rechtsgeschäft ist.

Der Begriff „Rechtsgeschäft“ selbst hat schon in der gemeinrechtlichen Lehre zu einer Fülle von Zweifeln und Streitfragen Anlaß gegeben. Hierbei ist Schloßmann sogar so weit gegangen, ihn „als scholastisches Gebilde ohne Brauchbarkeit“ für „wissenschaftlich wertlos“ zu erklären, eine Ansicht, die allerdings mit Recht wohl vereinzelt dastehen dürfte.[2])

Als wesentlichstes Merkmal des Rechtsgeschäftes ist bisher nach der herrschenden Lehre die Willenserklärung

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. I § 79.

[2]) vgl. Schloßmann, Der Vertrag S. 128, 129ff., S. 139, S. 139 Anm. 1.

angesehen worden.[1]) Mit Recht betont Windscheid (a. a. O. Nr. 2), daß es sich um eine Privatwillenserklärung handele, da sie „nicht kraft staatlicher Autorität“ abgegeben werde. Diese Privatwillenserklärung muß „auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet“ sein, d. h. „auf die Entstehung, Veränderung oder den Untergang eines Rechtes“.[2]) Mit der von uns vertretenen Windscheidschen Lehre stimmt im allgemeinen auch Dernburg (Pand. I § 91) überein, der die Rechtsgeschäfte in „Willenserklärungen zur Ordnung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden“ sieht; denn auch hiermit ist nichts anderes ausgedrückt, als die Richtung der Willenserklärung auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Daß die gewünschte rechtliche Wirkung wirklich eintrete, ist nicht erforderlich. Tritt sie aber ein, so läßt die Rechtsordnung es deshalb geschehen, weil die Wirkung von dem Erklärenden so gewollt ist.[3]) Somit spielt neben dem Willen des Erklärenden auch der Wille des Rechts, im Sinne von Rechtsordnung, bei der Charakterisierung einer Handlung als Rechtsgeschäft eine Rolle.[4])

Im Anschluß an die herrschende Lehre des gemeinen Rechts enthalten die Motive (Bd. 1 S. 126) folgende Begriffsbestimmung: „Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges,

---

[1]) So insbesondere: Windscheid-Kipp, Pand. 8. Aufl. Bd. 1 § 69 S. 267; Dernburg, Pand. I § 91; Bekker, Pand. II § 89.

[2]) So Windscheid-Kipp § 69 S. 269 Bd. 1.

[3]) vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. §§ 69 u. 70.

[4]) vgl. Brinz a. a. O. S. 522; Regelsberger, Pand. I § 135 und die bei Endemann Bd. 1 § 60 vor Anm. 1 Zitierten.

welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.“ [1])

Diese Begriffsbestimmung in den Motiven ist für das heutige Recht durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechtsgeschäfte im wesentlichen bestätigt.[2]) Demnach ist für das Rechtsgeschäft auch heute eine Privatwillenserklärung erforderlich, die auf eine Rechtswirkung gerichtet ist, welche ihrerseits auf Grund des Willens des Erklärenden nach der Rechtsordnung eintritt.[3])

Zur Frage nach dem rechtsgeschäftlichen Charakter der Dereliktion ist daher zu prüfen, ob diese eine Willenserklärung in dem geschilderten Sinne enthält. Vorher müssen wir die Bedeutung des in der gemeinrechtlichen Lehre aufgestellten und in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommenen Ausdrucks „Willenserklärung“ feststellen, da er in der Literatur eine verschiedene Auslegung erfahren hat.

Regelsberger[4]) beschränkt ihn nach dem Vorgange von Brinz[5]) auf Äußerungen, die bestimmt sind, anderen meinen Willen kund zu tun, „klar zu machen“. Hiervon unterscheidet er die realen Willensäußerungen, falls nämlich

---

[1]) So auch die Protokolle der 2. Lesung S. 268; sie betonen, daß „dieser der herrschenden wissenschaftlichen Auffassung entsprechende Begriff dem Entwurf zugrunde gelegt ist; ihn gesetzlich zu verordnen, erschien dagegen nicht angezeigt.“

[2]) vgl. Endemann I § 60 Vorbem.; Planck I Vorbem. 1 vor § 104 S. 142.

[3]) s. auch Dernburg, Bürgerl. Recht I §§ 106/07.

[4]) Pand. Bd. 1 S. 473.

[5]) Pand. 2. Abt. S. 1555.

der Wille durch Handlungen betätigt werde, die einen realen Erfolg herbeiführen sollten.

Eine analoge Auslegung finden wir auch heute noch in bezug auf das Bürgerliche Gesetzbuch bei einigen Schriftstellern. Unter diesen faßt Hellmann als „Willenserklärung“ im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur solche Willensäußerungen auf, durch die eine Person etwas als ihren Willen anderen Personen zum Bewußtsein zu bringen strebt, und die daher an denjenigen gerichtet sind, der von ihren Wirkungen betroffen werden soll. Die Wirkung dieser „Willenserklärung“ erklärt er für „abhängig von dem Zugehen an den Adressaten“. Von den „Willenserklärungen“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs seien diejenigen rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen zu unterscheiden, die nicht erst mit dem Zugehen an eine gewisse Adresse wirksam werden, sondern bei denen die an sie geknüpfte Rechtsfolge mit der Äußerung des Willens zusammenfalle. Daraus folge, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auch Rechtsgeschäfte kenne, die keine „Willenserklärung“, sondern eine „Willensbetätigung ohne Erklärung“ enthalten und die man passend als „Willensverwirklichungen“ oder „Verwirklichungsgeschäfte“ bezeichnen könne.[1])

Leonhard schließt aus dem Wortlaut des Gesetzes „Willenserklärung“, daß hierunter nur „die einer Wahrnehmung bedürftige Willensäußerung“ zu verstehen sei, da man von „Erklärung“ „nach guter deutscher Redeweise nur sprechen könne, wenn eine Äußerung zur Wahrnehmung durch andere Menschen bestimmt sei“.[2])

[1]) vgl. Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerl. Rechte (in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 42 S. 448, 428, 437).

[2]) vgl. Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B. S. 254.

Aus demselben Gesichtspunkt heraus kommt Manigk[1]) zu der Unterscheidung von „Willenserklärungen“ und sonstigen „Willensäußerungen“. Er hält es daher für unrichtig, für jedes Rechtsgeschäft eine Willenserklärung zu verlangen, da es auch Rechtsgeschäfte gäbe, bei denen der Wille nicht erklärt würde. Infolgedessen teilt er die Rechtsgeschäfte ein in „Erklärungsgeschäfte“, die als Tatbestand eine Willenserklärung enthalten, und in „Willensgeschäfte“, die eine solche Erklärung nicht enthalten.[2]) Er folgert daraus, daß die Willenserklärung kein wesentliches Erfordernis des Rechtsgeschäftes sei; vielmehr komme es lediglich darauf an, daß die Rechtswirkungen des Rechtsgeschäftes von dem „Handelnden“ gewollt seien, so daß der „Erfolgswille“ das entscheidende Kriterium für den Rechtsgeschäftsbegriff sei.[3])

Wir können uns der bisher wiedergegebenen Auslegung des Begriffes „Willenserklärung“ nicht anschließen. Wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß dem Wortlaute nach eine „Willenserklärung“ nur diejenige Äußerung ist, die zur Wahrnehmung durch andere Menschen bestimmt ist, so darf andererseits doch nicht vergessen werden, daß nach einem seit langem herrschenden Sprachgebrauche der Juristen „Willenserklärung“ und „Willensäußerung“ identifiziert werden, und daß das Gesetz nach Mot. I S. 126 diesem Brauche gefolgt ist.[4])

---

[1]) a. a. O. S. 22 ff.

[2]) Ebenda S. 36.

[3]) vgl. a. a. O. S. 20.

[4]) vgl. Dernburg, Bürg. R. I § 106 S. 327; Enneccerus-Lehmann I § 54 S. 123.

Indem die oben angeführten Schriftsteller diesen Gesichtspunkt übersahen und sich lediglich an den Wortlaut klammerten, sind sie zu jener formalistischen Auslegung des Begriffes „Willenserklärung“ gekommen. Wir können aber Dernburg nur zustimmen, wenn er ausdrücklich darauf hinweist, daß es sich bei dem Ausdruck „Willenserklärung“ nur darum handele, was das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es ihn gebraucht, darunter versteht. Hält man sich dies vor Augen, dann muß man als „Willenserklärung“ im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches eine jede Willensäußerung verstehen, daher auch die sogen. „realen Vorgänge“, bei denen sich der Wille in Handlungen äußert, die die Herbeiführung eines realen Erfolges bezwecken.[1])

Dies vorausgeschickt, kommen wir jetzt zur Prüfung der Frage, ob in der Dereliktion, d. h. in der Besitzaufgabe mit der Absicht auf Eigentumsverzicht, ein Rechtsgeschäft enthalten sei.

Der Wille des Eigentümers äußert sich bei der Dereliktion in der Handlung der Besitzaufgabe, welche die Herbeiführung eines realen Erfolges, nämlich die Vernichtung der bisher innegehabten tatsächlichen Gewalt bezweckt. Demnach stellt die Dereliktion selbst einen sogen. „realen Vorgang“ in dem oben bezeichneten Sinne dar und enthält somit nach der oben dargelegten Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Willenserklärung. Da

---

[1]) vgl. Dernburg I a. a. O. S. 327 Anm. 8 S. 326 ff., 330; Enneccerus und Lehmannn I § 54 S. 123; Cosack I § 51; Matthiaß, Lehrbuch S. 180/81.

ferner dieser Wille auf den völligen Untergang des Eigentums und die dadurch bedingte Entstehung der Herrenlosigkeit, also auf eine Rechtswirkung, gerichtet ist und diese Wirkung nach der Rechtsordnung so, wie sie gewollt ist, eintritt, so sind alle für den Begriff des Rechtsgeschäfts erforderlichen Merkmale[1]) in der Dereliktion enthalten.[2])

Aus diesem rechtsgeschäftlichen Charakter der Dereliktion ergibt sich, daß nur derjenige die Herrenlosigkeit einer Sache in der geschilderten Weise hervorrufen kann, welcher fähig ist, Rechtsgeschäfte gültig vorzunehmen.

Infolgedessen ist jeder nach § 104 B.G.B. Geschäftsunfähige nicht imstande, eine Sache herrenlos zu machen, da seine Willenserklärung, also auch die in der Dereliktion erwiesenermaßen enthaltene, nach § 105 B.G.B. nichtig ist. Ebenso vermag der nach §§ 106, 114 B.G.B. in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte die Herrenlosigkeit nicht zu bewirken, da er durch die Dereliktion grundsätzlich einen Rechtsnachteil erleiden würde und nach § 108 eine Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf.

Aus der rechtsgeschäftlichen Natur der Dereliktion folgt weiter, daß der Eigentümer sie wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung anfechten kann gemäß §§ 119, 123 B.G.B.

---

[1]) s. oben S. 39—41.

[2]) vgl. Cosack II § 215 S. 178; ebenso Staudinger III § 959 Erl. 2 und Bd. 1 Ziff. IV vor § 104; Biermann III § 959 Erl. c; Planck III § 959 Erl. 1 b; Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft S. 6; Meisner III § 959 Erl. 2 c.

Staudinger bestreitet dies allerdings aus rein tatsächlichen Gründen, obwohl er selbst die rechtsgeschäftliche Natur der Dereliktion zugegeben hat.[1])

Zu diesem Ergebnis kommt er auf Grund folgender Erwägungen.

Nach § 143 Abs. 1 B.G.B. erfolgt die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Bei einem einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte, wie es die Dereliktion zweifellos ist, ist gemäß Abs. 4 Satz 1 § 143 Anfechtungsgegner jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäftes unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Staudinger[2]) behauptet nun, daß niemand auf Grund der Dereliktion unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangen könne. Daher fehle es hier an dem Anfechtungsgegner, dem gegenüber die Anfechtung erklärt werden könne, und infolgedessen sei die Dereliktion trotz etwa vorhandenen Anfechtungsgrundes tatsächlich nicht anfechtbar. Eignete sich jemand die durch die Dereliktion herrenlos gewordene Sache gemäß § 958 B.G.B. an, so habe er zwar einen rechtlichen Vorteil, nämlich Eigentum an der Sache, erlangt, aber dieses nicht unmittelbar aus der Dereliktion, sondern auf Grund eigenen Rechtsgeschäftes.

Die letztere Behauptung ist zwar an sich richtig, wie insbesondere Czyhlarz[3]) ausgeführt hat; jedoch ist die

---

[1]) vgl. Staudinger Bd. 1 § 143 Erl. 6 c.

[2]) a. a. O.

[3]) vgl. Czyhlarz in Glücks Kommentar der Pandekten, Serie der Bücher 41 und 42 1. Teil S. 118/19.

mit ihr von Staudinger versuchte Beweisführung durchaus unangebracht.

Halten wir uns zunächst vor Augen, daß, da die Dereliktion erwiesenermaßen ein Rechtsgeschäft ist, die für letzteres geltenden Vorschriften, also auch diejenigen über die Anfechtung Anwendung finden, so muß der Gesetzgeber auch Mittel und Wege geschaffen haben, diese von ihm zugunsten des Anfechtungsberechtigten aufgestellten, aus Zweck- und Billigkeitsrücksichten heraus entstandenen Bestimmungen praktisch zur Durchführung zu bringen. Schon aus diesen Erwägungen heraus erscheinen die Deduktionen Staudingers gefährlich. Er hat sich lediglich an den Wortlaut des Gesetzes gehalten, ohne auf den ihm innewohnenden Sinn näher einzugehen. Das Gesetz nennt Anfechtungsgegner jeden, „der auf Grund des Rechtsgeschäftes unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat“. Die Worte „auf Grund des Rechtsgeschäftes“ sind im weitesten Sinne zu fassen; es genügt, wenn zwischen dem anfechtbaren Rechtsgeschäfte und der Erlangung des rechtlichen Vorteils ein Kausalzusammenhang hergestellt ist, wenn die Erlangung des rechtlichen Vorteils eine Folge des anfechtbaren Rechtsgeschäftes ist. Daß aber der rechtliche Vorteil aus dem Rechtsgeschäfte selbst erlangt sei, oder daß derjenige, welcher den Vorteil erlangt hat, mit dem Anfechtungsberechtigten durch das Rechtsgeschäft in rechtliche Beziehung getreten sei, wird nicht verlangt. Dem Worte „unmittelbar“ legen wir die Bedeutung bei, daß Anfechtungsgegner nur derjenige ist, welcher zunächst aus dem Kausalzusammenhang heraus, aber ohne das Dazwischentreten einer dritten Person den Vorteil erlangt

hat. Demgemäß kommen wir zu dem Schluß, daß auch auf Grund voraufgegangener Dereliktion unmittelbar ein rechtlicher Vorteil erlangt werden kann, und zwar von demjenigen, der die herrenlose Sache sich gemäß § 958 B.G.B. angeeignet hat. Denn wenn dieser auch durch einen völlig selbständigen Akt das Eigentum erworben hat, so hat die Erlangung dieses Vorteils zuletzt doch in der voraufgegangenen Dereliktion ihre Grundlage; hätte die Dereliktion nicht vorher stattgefunden, so wäre die Aneignung überhaupt nicht möglich gewesen. Ein Kausalzusammenhang zwischen der Dereliktion und dem Eigentumserwerb ist also gegeben. Aber auch die vom Gesetz geforderte „Unmittelbarkeit" zwischen beiden Akten ist gewahrt worden, da der Eigentumserwerber ohne das Dazwischentreten einer dritten Mittelsperson zunächst sein Recht erlangt hat.

Somit sind in der Person des Okkupanten alle in § 143 Abs. 4 Satz 1 für den Anfechtungsgegner aufgestellten Voraussetzungen gegeben, so daß der Derelinquent durch eine ihm gegenüber abgegebene Erklärung die von ihm vorgenommene Dereliktion aus den in den §§ 119 ff. B.G.B. genannten Gründen anfechten kann.[1])

[1]) Zu demselben Ergebnis kommen: Planck III § 959 Erl. 1 b; Cosack I § 53 S. 157.

Zweiter Abschnitt.

Das Bestehen des Begriffes „herrenlos“ und die vom Gesetz daran geknüpften Wirkungen.

1. Der von der Rechtsordnung dem Begriffe „herrenlos“ gewährte Schutz.

Wir haben im vorstehenden die Entstehung der Herrenlosigkeit geprüft und gehen nun zur Erörterung der vom Gesetz an das Bestehen dieses Begriffes geknüpften Wirkungen über.

Im allgemeinen wird unter einer herrenlosen Sache eine in niemandes Eigentum stehende verstanden. Man denkt also dabei zumeist an die dingliche Rechtsposition der Sache und schenkt dem tatsächlichen Moment der Besitzlage keine Bedeutung. Wir kommen aber auf Grund der bei der Entstehung der Herrenlosigkeit gemachten Erörterungen zu dem Ergebnis, daß „herrenlos“ im § 959 B.G.B. grundsätzlich eigentumslos und besitzlos bedeutet. Die nach § 959 herrenlos gewordene — derelinquierte — Sache ist somit dem vorzugsweise auf Eigentum und Besitz gerichteten Schutze der Rechtsordnung nicht unterstellt, sie ist gewissermaßen vogelfrei und menschlicher Willkür völlig preisgegeben.

Aber dennoch geht die Rechtsordnung nicht ungeachtet an ihr vorüber; sie gibt positive Vorschriften, durch welche man unter geringen Anforderungen sie sich zu eigen machen kann. § 958 B.G.B. bestimmt: „Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an ihr.“ Diese Vorschrift des positiven Rechtes führt

uns zunächst auf einen Unterschied zwischen dem „herrenlos“ des § 959 und demjenigen des § 958. Denn dadurch, daß das Gesetz zum Eigentumserwerb an der herrenlosen Sache die Ergreifung des Eigenbesitzes fordert, gibt es ohne weiteres zu, daß die Herrenlosigkeit durch einfache Besitzergreifung nicht berührt wird. Herrenlos im § 958 heißt also nur „eigentumslos“, nicht wie im § 959 „eigentums- und besitzlos“.

Wir kommen damit aber zu dem weiteren Ergebnis, daß die Rechtsordnung der Herrenlosigkeit des § 958 ihren Schutz trotz Fortbestehens dieses Charakters nicht versagt, sobald nur irgendwer den Besitz der herrenlosen Sache erlangt hat; denn jetzt stehen ihr alle aus dem Besitz sich ergebenden Schutzmittel zur Seite, sowohl die privaten des § 859, als auch die gerichtlichen aus §§ 860 61 B.G.B.

Ob aber die herrenlose Sache auch strafrechtlich geschützt wird, insofern, als etwa die Vorschriften über Diebstahl und Unterschlagung auf sie anzuwenden sind, soll im folgenden kurz geprüft werden.

Das Reichsstrafgesetzbuch bestraft nach § 242 wegen Diebstahls denjenigen, der eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, und nach § 246 wegen Unterschlagung denjenigen, der eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet. Aus den Worten des § 242 Str.G.B.: „einem anderen wegnimmt“ geht hervor, daß mit dem Ausdruck „fremd“ nicht die Besitzlage der Sache bezeichnet werden sollte. Vielmehr sind gerade die angeführten Worte berufen, die Besitzlage zu kennzeichnen, insofern als das

„einem anderen wegnehmen“ ohne weiteres voraussetzt, daß ein anderer die Sache bisher in seinem Gewahrsam gehabt habe, weil „wegnehmen“ nach der herrschenden Ansicht das Aufheben des Gewahrsams des anderen und gleichzeitige bezw. sukzessive Begründung des eigenen Gewahrsams bedeutet.[1])

Unsere Annahme wird ferner durch § 246 Str.G.B. ausdrücklich bestätigt. Hier ist die Rede von einer fremden beweglichen Sache, die der Täter in Besitz oder Gewahrsam hat. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß mit dem Begriffe „fremd“ nicht die Besitzlage der Sache getroffen werden sollte. „Fremd“ bedeutet vielmehr eine in fremdem Eigentum, d. h. in dem Eigentum eines anderen als des Täters stehende Sache.[2])

Da nun aber die herrenlose Sache in niemandes Eigentum steht und somit des Kriteriums der „Fremdheit“ entbehrt, so ist an ihr weder ein Diebstahl noch eine Unterschlagung möglich.

2. Der Erwerb des Eigentums durch Aneignung.

Die hauptsächlichste Wirkung, welche die Rechtsordnung an das Bestehen der Herrenlosigkeit knüpft, ist die, daß derjenige, der eine herrenlose bewegliche Sache in Eigen-

[1]) So von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 414; Berner, Lehrbuch des deutschen Strafr. S. 554; von Stenglein, Lexikon des deutschen Strafr. Bd. 1 S. 762/63; Olshausen, Komm. zum Str.G.B. § 242 Anm. 14 u. 21.

[2]) vgl. v. Liszt a. a. O. § 127 S. 411; Berner a. a. O. S. 552; Olshausen, Komm. § 242 Anm. 5; vgl. auch Urteil des R.G. vom 18. 12. 1883 in der „Rechtsprechung des R.G.“ Bd. 5 S. 792/93.

besitz nimmt, das Eigentum an ihr erwirbt (§ 958 Abs. 1 B.G.B.).

Was unter Eigenbesitz zu verstehen sei, ist aus § 872 B.G.B. zu entnehmen, der als Eigenbesitzer denjenigen bezeichnet, der eine Sache als ihm gehörend besitzt.

Demgemäß ist zum Eigentumserwerb an einer herrenlosen beweglichen Sache zunächst erforderlich, daß der Erwerber sie in Besitz nimmt. Nach § 854 B.G.B. wird der Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Diese Gesetzesbestimmung bedeutet eine große Neuerung gegenüber der bisherigen Rechtsanschauung. Noch der erste Entwurf verlangte in § 797 zum Besitzerwerb entsprechend den vom gemeinen Recht hierfür aufgestellten Erfordernissen des „corpus“ und des „animus“ „die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben“. Diesen letzteren Willen hat die zweite Kommission fallen lassen, „weil die aus dem Willenserfordernisse sich ergebende Unfähigkeit rechtlich willensunfähiger Personen zum Besitzerwerb nicht unbedenklich sei“.[1])

Eine gleiche Begründung ist in der Denkschrift enthalten. Dort heißt es auf S. 161: „Einen auf die Erlangung gerichteten Willen des Erwerbers verlangt der Entwurf nicht. Denn es sind auch solche Fälle zu berücksichtigen, in denen eine Sache in den äußeren Machtbereich einer Person unter Umständen gelangt ist, unter welchen ein Erwerbswille nicht angenommen werden kann, gleichwohl

---

[1]) s. Komm. Protokolle S. 3336, 3337 Bd. 3 S. 30.

aber das Bedürfnis des Besitzschutzes besteht. Insbesondere trifft dies zu für willensunfähige Personen — Kinder, Geisteskranke —, welche anderenfalls zum Erwerbe eines rechtlich geschützten Besitzes schlechthin unfähig wären."[1])

Trotzdem ist es in der Literatur nicht allgemein anerkannt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch das Willensmoment beim Besitzerwerb ganz beseitigt habe. So kann man nach Gierke tatsächliche Gewalt „erlangen", ebenso wie „aufgeben" — s. oben S. 28 — nur „durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln". Wie bei der Besitzaufgabe, so genügt ihm aber auch hier „das dem äußeren Herrschaftsverhältnis entsprechende innere Willensverhältnis ohne Rücksicht auf seine juristische Qualifikation". „So könne auch der im Rechtssinne Willensunfähige nach dem Maße seiner tatsächlichen Willensfähigkeit — aber nicht darüber hinaus — Besitz durch eigenes Handeln erwerben."[2]) In demselben Sinne sagt Bekker, daß wir genau gesprochen nur das „erlangen", wonach wir „gelangt" haben, nicht dasjenige, was „ohne unser Wollen und Wissen" uns zufällt.[3]) Der hier betonte ist ein lediglich „natürlicher Wille", der mit dem „rechtsgeschäftlichen Willen" nicht identisch ist. Es kommen auch tatsächlich Fälle vor, in denen zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt ein dahin gerichteter Wille und seine Betätigung nicht zu entbehren ist. Strohal beweist dies an mehreren Beispielen, in denen bewegliche Sachen auf ein Grundstück

[1]) vgl. auch Mot. III S. 85.

[2]) vgl. Gierke, Fahrnisbesitz S. 4.

[3]) vgl. Bekker, Besitz beweglicher Sachen, in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 33.

gelangt sind.[1]) Endemann behauptet sogar, daß die tatsächliche Gewalt stets „bewußt“ von einem hierzu „Geschäftsfähigen“ erlangt sein müsse, und leugnet daher jeden Besitzerwerb durch Geschäftsunfähige.[2]) Diese Ansicht steht in direktem Widerspruch zu der Entstehungsgeschichte des hier in Betracht kommenden § 854 B.G.B. und den für seine Fassung in der zweiten Kommission maßgebend gewesenen Erwägungen. Wozu hätte denn die zweite Kommission den noch im ersten Entwurf aufgestellten Erwerbswillen fallen lassen sollen, wenn sie nicht gerade, wie die Protokolle S. 3336, 3337 Bd. 3 S. 30 angeben, hätte vermeiden wollen, daß den willensunfähigen Personen die Möglichkeit, Besitz zu erwerben, vorenthalten würde. Demgemäß begründet auch die Denkschrift das Fortlassen eines auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willens vorzugsweise damit, daß die willensunfähigen Personen dadurch zum Erwerb eines rechtlich geschützten Besitzes befähigt werden. Mit Recht sagt auch Strohal a. a. O. S. 75, es könne, insoweit der Geschäftsfähige zum Besitzerwerb eines Willens nicht bedürfe, „unmöglich das Nichtvorhandensein eines rechtsgeschäftlichen Willens den Eintritt des Besitzerwerbes für den Geschäftsunfähigen ausschließen“. Vielmehr ist es gerade nach der oben geschilderten Entstehung des § 854 als der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches zu betrachten, daß das Willensmoment beim Besitzerwerb völlig

[1]) s. Strohal, Sachbesitz nach B.G.B., in Jherings Jahrb. Bd. 38 S. 67.

[2]) vgl. Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 257 Anm. 4 u. Bd. 2 S. 154 § 37.

beseitigt ist, so daß auch der nach § 104 B.G.B. Geschäftsunfähige Besitz erwirbt, wenn er nur wirklich die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt.[1]) Somit ist für den Besitzerwerb nach Bürgerlichem Gesetzbuch lediglich die Erlangung der tatsächlichen Gewalt ausschlaggebend. Bezüglich des letzteren Begriffes verweisen wir auf die Ausführungen auf S. 29—32 und betonen, daß die Frage, ob jemand die tatsächliche Gewalt erlangt hat, von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der Anschauungen des Verkehrs und des Lebens zu beurteilen ist.

Zum Erwerb des Eigentums an einer herrenlosen beweglichen Sache genügt aber der bloße Besitzerwerb noch nicht; vielmehr muß hinzukommen, daß der Erwerber die Sache „als ihm gehörend“ in Besitz nimmt. Diese Worte des Gesetzes „als ihm gehörend“ geben zu Zweifeln Anlaß. Zunächst könnte es scheinen, als ob das Bürgerliche Gesetzbuch damit für den Eigenbesitzer die opinio dominii hat verlangen wollen, so daß er sich für den Eigentümer der Sache halten müßte. Jedoch hat das Gesetz selbst Fälle aufgestellt, in denen jemand Eigenbesitz hat, obwohl er weiß, daß er nicht Eigentümer ist. So spricht § 937 Abs. 2 von dem Falle, daß jemand bei dem Erwerb des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben war, oder daß er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zustehe; ähnlich steht es in § 955 Abs. 1 S. 2.

---

[1]) vgl. Bekker a. a. O. S. 28/29; Kniep, Der Besitz des B.G.B. S. 91; Kasten, Kann der Geschäftsunfähige nach dem B.G.B. okkupieren? Diss. Freiburg 1902, S. 12 ff. S. 31.

Hieraus folgt, daß die opinio dominii zum Eigenbesitz nicht erforderlich ist. Es kann sogar jemand Eigenbesitzer werden, der den Besitz vorsätzlich rechtswidrig erlangt hat, sofern er nur die Sache als ihm gehörend besitzen will, z. B. der Dieb.[1])

Während somit der Eigenbesitzer der opinio dominii nicht bedarf, wird er jedenfalls den animus domini haben müssen, d. h. den Willen, die Sache wie ein Eigentümer zu haben.[2]) Die von Fischer und Henle in dem von ihnen herausgegebenen Bürgerlichen Gesetzbuche aufgestellte Behauptung, daß es zum Eigenbesitz nicht einmal des animus domini bedürfe - - s. dort § 872 Anm. 1 —, ist nicht zu billigen. Vielmehr besteht gerade das wesentliche Kennzeichen des Eigenbesitzes in dem Willen des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Dies hat schon die dem Reichstage vorgelegte Denkschrift ausdrücklich betont.[3])

Demgemäß erwirbt also das Eigentum an einer herrenlosen beweglichen Sache, wer die tatsächliche Gewalt über sie erlangt mit dem Willen, sie als ihm gehörend, d. h. wie ein Eigentümer zu haben.

Nach dem Preuß. Allg. Landrecht — Teil I Tit. 9 §§ 11 bis 13 — konnte jedoch das Eigentum nicht erwerben, „wer einen anderen in seinen zur Besitzergreifung ge-

---

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht III S. 47; Strohal a. a. O. S. 13.

[2]) vgl. Strohal S. 13; Planck III § 872 Erl. 2b; Mot. III S. 82; Endemann II § 30 S. 120; Cosack II § 185 S. 64; Dernburg, Bürgerl. Recht III § 12 S. 47.

[3]) s. dort S. 170.

machten Anstalten durch unerlaubte Handlungen stört, oder wer den anderen, um ihn an der Besitzergreifung zu hindern, in seiner Freiheit zu handeln ohne Recht einschränkt."

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt ein derartiges Verbot des Eigentumserwerbes nicht; wohl aber können solche Störungen und Hinderungen sich als unerlaubte Handlungen darstellen, insofern sie die Freiheit des anderen widerrechtlich verletzen. Dann kann eine Schadensersatzpflicht gemäß §§ 823, 826 B.G.B. begründet sein.[1])

Wenn schon bei dem Besitzerwerb schlechthin zu erörtern war, ob die Geschäftsunfähigen imstande seien, Besitz zu erlangen, so muß diese Frage umsomehr bei dem Eigenbesitze geprüft werden, weil, wie oben festgestellt, der Eigenbesitzer den Willen haben muß, die Sache wie ein Eigentümer zu haben. Wären die Geschäftsunfähigen in der Lage, Eigenbesitz zu erwerben, so würden sie damit auch fähig sein, an herrenlosen beweglichen Sachen das Eigentum zu erlangen.

Dernburg spricht ihnen diese Fähigkeit zu, sofern nur ihre „Einsicht" und ihr „natürlicher Wille es ermöglicht, daß sie eine Sache als ihnen gehörend besitzen".[2])

Dieselbe Ansicht wird auch von anderen Autoren, z. B. von Kniep[3]) vertreten, der sich ebenfalls hier auf den bei den Geschäftsunfähigen in Wirklichkeit vorhandenen,

---

[1]) vgl. Planck III § 958 Erl. 2; Meisner ebenda Erl. 2b; Mot. III S. 369.

[2]) vgl. Dernburg, Bürg. R. III § 17 S. 59.

[3]) a. a. O. S. 96, 104.

natürlichen Willen beruft.[1]) Daß aber der sogen. „natürliche Wille“ für den zum Eigenbesitz erforderlichen animus domini nicht genügt, hat überzeugend Kasten[2]) dargetan. Er betont, daß gerade beim Eigenbesitz, im Gegensatz zum einfachen ein eigentlicher Besitzwille verlangt wird, dem der rechtsgeschäftliche Charakter nicht abgesprochen werden könne. Dies sucht er nachzuweisen, indem er auf den ersten Entwurf zurückgeht. „Dort sei, was heute Eigenbesitz im Sinne des § 872 B.G.B. bedeute, jeder Besitz schlechthin gewesen.“[3]) Der heutige Begriff „als ihm gehörend“ sei bezeichnet worden als „der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben“. „Dieser Wille sei den Geschäftsunfähigen durch § 800, 1 sogar ausdrücklich versagt worden, weil nach den Motiven Bd. 3 S. 85 kein Grund vorliege, die Fähigkeit bezw. Unfähigkeit zur Kundgebung des Besitzwillens an andere Voraussetzungen zu knüpfen, als an diejenigen, an welche die Fähigkeit bezw. Unfähigkeit zur rechtsgeschäftlichen Willenserklärung geknüpft sei.“

Diese Bestimmungen des ersten Entwurfes und die Ausführungen in den Motiven wird man allerdings analog auf den heutigen Eigenbesitz anwenden können, da die für ihn im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Voraussetzungen denjenigen des Besitzes im ersten Entwurf entsprechen. Infolgedessen rechtfertigt sich der Schluß, daß für den Eigenbesitz der „sog. natürliche Wille“ nicht ausreicht,

---

[1]) vgl. auch Schmitt, Okkupation als Eigentumserwerb. Diss. Erlangen, S. 49.

[2]) a. a. O. S. 34/35.

[3]) § 797 des 1. Entw.

sondern ein Wille rechtsgeschäftlichen Charakters erforderlich ist. Da nun aber der Geschäftsunfähige nach § 105 B.G.B. nicht imstande ist, einen rechtsgeschäftlichen Willen gültig zu erklären, so kann er auch nicht eine Sache in Eigenbesitz nehmen. Infolgedessen ist er nicht fähig, an einer herrenlosen beweglichen Sache das Eigentum zu erwerben.

Sehr bestritten ist es, welcher Art von rechtlich wirksamen Handlungen die Aneignung zuzuzählen ist. Sie setzt, wie oben S. 52 und 55—56 nachgewiesen, den Willen des Aneignenden voraus, die Sache als ihm gehörend zu haben, und dieser Wille betätigt sich in einem realen Vorgange, nämlich in der Besitzergreifung. Dieser reale Vorgang ist nach den Ausführungen auf S. 44 als eine Willenserklärung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches aufzufassen, und zwar als eine solche, wie sie zum Tatbestande des Rechtsgeschäfts gehört. Aus diesem Grunde wird die Aneignung von vielen Autoren für ein Rechtsgeschäft gehalten.[1])

Während Hellmann sie den von ihm so genannten, oben S. 42 erwähnten „Verwirklichungsgeschäften" zuzählt, wird ihr wiederum von anderen die Eigenschaft als Rechtsgeschäft gänzlich abgesprochen.

Schmitt[2]) kommt zu diesem Ergebnis deshalb, weil nach ihm die Aneignung der für ein Rechtsgeschäft erforderlichen Willenserklärung entbehre. Es sei nämlich für sie nur die Erlangung der tatsächlichen Gewalt und

---

[1]) So Endemann II § 86 S. 340 Bürg. R.; Biermann, Sachenrecht § 958 Erl. 1; Staudinger Bd. III § 958 Erl. 4; Manigk a. a. O. S. 24; Meisner III § 958 Erl. 2d; Enneccerus-Lehmann I S. 128; Dickel, Bürgerl. Recht für Forstmänner S. 95.

[2]) a. a. O. S. 47ff.

„das innere Vorhandensein des animus rem sibi habendi", nicht aber dessen Erklärung erforderlich. Dem muß, wie schon oben S. 36 betont, entgegengehalten werden, daß der innere Wille, solange er nicht durch irgend eine Betätigung nach außen in Erscheinung tritt, für die Rechtsordnung überhaupt keine Bedeutung hat.[1])

Ferner behaupten wir, daß bei der Aneignung der im Inneren gefaßte Wille, die Sache als eigene zu haben, gerade durch die Besitzergreifung äußerlich betätigt bezw. erklärt wird.[2]) Daher enthält die Aneignung eine Willenserklärung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, und damit fällt die Theorie von Schmitt.

Wir haben aber schon oben gesehen, daß, wenn auch die Willenserklärung das wesentlichste Merkmal des Rechtsgeschäftes ist, doch nicht Willenserklärung und Rechtsgeschäft identifiziert werden dürfen, daß vielmehr außerdem noch andere Merkmale hinzukommen müssen, um den Begriff des Rechtsgeschäftes zu ergeben. So muß die Willenserklärung auf die Hervorbringung desjenigen rechtlichen Erfolges gerichtet sein, der wenn überhaupt, dann eben auf Grund dieser Willensrichtung nach der Rechtsordnung eintritt.

Bei der Aneignung braucht aber die Willenserklärung lediglich auf den Erwerb des Eigenbesitzes gerichtet zu sein; ein besonders auf den Erwerb des Eigentums gerichteter Wille wird nicht gefordert. Daher kann jemand durch Aneignung Eigentum erwerben, ohne daß er dies

[1]) vgl. Crome a. a. O. § 73 Anm. 1a S. 321.

[2]) vgl. auch Enneccerus-Lehmann I S. 153; Meisner III § 958 Erl. 2d.

beabsichtigt, ja ohne daß er es weiß. Denn wenn jemand eine tatsächlich herrenlose Sache, von der er irrtümlich meint, daß sie nicht herrenlos sei, in Eigenbesitz nimmt, so erwirbt er gleichwohl ohne seinen Willen das Eigentum, da er alle vom Gesetz aufgestellten Erfordernisse in seiner Person erfüllt hat.[1]) Es tritt also hier der Erfolg des Eigentumserwerbes unabhängig von dem Willen des Erklärenden ein, lediglich auf Grund ausdrücklicher Anordnung des positiven Rechtes. Auf Grund dieser Erwägung kommen wir zu dem Schlusse, daß der Aneignung ein zum Tatbestand des Rechtsgeschäftes erforderliches Merkmal fehlt. Denn die in ihr enthaltene Willenserklärung braucht nicht — wie es beim Rechtsgeschäft begrifflich notwendig ist — auf Hervorbringung desjenigen Erfolges gerichtet zu sein, der nach der Rechtsordnung eintritt. Daraus folgt aber, daß die Aneignung kein Rechtsgeschäft im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist.[2])

Sie gehört vielmehr zu jener Gruppe von „Handlungen, die rechtliche Wirkungen haben, ohne daß sie unter den Begriff des Rechtsgeschäfts fallen", weil der Handelnde bei ihrer Vornahme die rechtliche Wirkung nicht gewollt hat oder nicht gewollt zu haben braucht. Diese werden häufig unter dem Namen „Rechtshandlungen" zusammengefaßt.[3])

---

[1]) vgl. Mot. III S. 369; Planck III § 958 Erl. 2.

[2]) vgl. Cosack II § 203 S. 132; Planck III § 958 Erl. 2; Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen S. 45; Kasten a. a. O. S. 6/7.

[3]) vgl. Mot. I S. 127; Endemann I § 57 S. 247; Planck I Vorbem. vor § 104, X S. 149; Kasten S. 6.

Es fragt sich nun, ob auf diese Rechtshandlungen die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden sind. Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist hierauf eine Antwort nicht zu entnehmen, da es wohl wegen ihrer großen Verschiedenheit keine allgemeinen Vorschriften über sie enthält. Es wird daher der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben, diese Frage für jede einzelne Rechtshandlung besonders zu prüfen und in erster Linie die für die spezielle Rechtshandlung vom Gesetz gegebenen Vorschriften zu beachten.[1])

Bezüglich der Aneignung neigen wir grundsätzlich zu der Ansicht, daß die Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf sie anzuwenden sind.[2])

Dies gilt insbesondere mit Rücksicht auf den oben festgestellten rechtsgeschäftlichen Charakter des zum Eigenbesitz erforderlichen Willens für die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit. Wenn demnach — wie bereits S. 59 festgestellt — der Geschäftsunfähige durch Ergreifen einer herrenlosen Sache Eigentum an ihr nicht erwirbt, so ist seine Handlung gleichwohl nicht ohne rechtliche Wirkung. Denn da er an ihr erwiesenermaßen nach Bürgerlichem Gesetzbuch Besitz erwerben kann, so ist ihm auch der Besitzschutz zuzusprechen.[3])

Es liegt also hier ein Fall vor, in dem eine herrenlose Sache sich tatsächlich im Besitze eines Menschen — des Geschäftsunfähigen — befindet, ohne daß dadurch

---

[1]) vgl. Mot. a. a. O.; Planck a. a. O.

[2]) So auch Planck III § 958 Erl. 2.

[3]) vgl. Bekker a. a. O. S. 40.

ihre rechtliche Lage, die Herrenlosigkeit, verändert würde. Herrenlos bedeutet somit hier wiederum nur eigentumslos, nicht zugleich besitzlos.

Dagegen vermag der nach §§ 106, 114 B.G.B. in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte grundsätzlich im Wege der Aneignung Eigentum zu erwerben, ohne daß er dazu der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf, da er in der Regel durch den Eigentumserwerb lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen wird.[1])

Ferner werden die Bestimmungen über Anfechtung von Rechtsgeschäften auf die Aneignung zu übertragen sein, gerade so wie z. B. die Konkursordnung in den §§ 29 ff. die Anfechtung nicht auf Rechtsgeschäfte beschränkt, sondern auf Rechtshandlungen ausgedehnt hat. Daher wird jemand, der eine herrenlose Sache in der irrigen Meinung, sie sei nicht herrenlos, in Eigenbesitz genommen und damit zu Eigentum erworben hat, diese Aneignungshandlung wegen Irrtums gemäß §§ 119 ff. B.G.B. anfechten können. Er wird dies vorzugsweise dann tun, wenn ihm aus dem Eigentum an der Sache größere Verbindlichkeiten entstehen. Wer hier als Anfechtungsgegner im Sinne des § 143 Abs. 4 B.G.B. anzusehen ist, dürfte eine quaestio facti sein; es kommen vor allen diejenigen in Betracht, welche durch die Aneignung unmittelbar einen Rechtsanspruch gegen den neuen Eigentümer erlangt haben.

---

[1]) vgl. § 107 B.G.B.

3. Gründe, durch welche der Eigentumserwerb an herrenlosen Sachen ausgeschlossen wird.

Die bisher besprochenen Wirkungen, welche die Rechtsordnung an das Bestehen der Herrenlosigkeit einer beweglichen Sache knüpft, insbesondere der Eigentumserwerb durch Aneignung, treten jedoch nicht immer ein. Denn auch das heutige Recht kennt besondere Aneignungsrechte und außerdem Aneignungsverbote, durch welche der allgemeine Eigentumserwerb ausgeschlossen wird.

Was zunächst die Aneignungsrechte anbetrifft, so beschränken sie die Möglichkeit des Eigentumserwerbes auf einen bestimmten Personenkreis. Nur wem ein solches Aneignungsrecht zusteht, vermag die diesem Recht unterworfenen Sachen zu erwerben, jeder andere würde durch ihre Ergreifung jenes Aneignungsrecht verletzen. Daher bestimmt § 958 Abs. 2 B.G.B., daß das Eigentum nicht erworben wird, wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzt wird.

Über die rechtliche Natur dieser Aneignungsrechte ist man noch bis in die jüngste Zeit im Zweifel gewesen.

Anders sieht in ihnen — indem er speziell das Jagdrecht ins Auge faßt — „absolute Vermögensrechte", da bei ihnen eine rechtliche Gebundenheit des Willens aller Nichtberechtigten stattfinde. Sie seien weder dinglicher noch obligatorischer Natur, sondern nähmen eine Mittelstellung ein; jedoch ständen sie den dinglichen Rechten näher als den obligatorischen, weil sie mehr dingliche Elemente enthielten. Der volle Charakter eines dinglichen Rechtes fehle ihnen aber insbesondere deshalb,

weil das diesem wesentliche unmittelbare Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache hier noch nicht bestehe, sondern erst durch die Ausübung des Rechtes — die Besitzergreifung — vermittelt werde. Infolgedessen näherten sich die Aneignungsrechte der auf Eigentumsverschaffung gerichteten Obligation, weil es hier wie dort zur Begründung des unmittelbaren Gewaltverhältnisses einer Handlung bedürfe. Unter den absoluten Vermögensrechten kämen sie den sogen. „Gewerberechten“ am nächsten; dabei seien als Gewerberechte alle jene Rechte aufzufassen, „bei welchen der Berechtigte durch generelles Verbot in einer in bestimmter Richtung anhaltend fortgesetzten Tätigkeit, deren Zweck Vermögenserwerb sei, geschützt werde“. Jedoch sei es unzulässig, „die Aneignungsrechte vielen anderen sog. Gewerberechten an die Seite zu stellen, vielmehr müsse man ihnen wegen der Herrenlosigkeit der zu erwerbenden Sache und der daraus sich ergebenden Folge, daß die den Erwerb vermittelnde Tätigkeit stets in der Besitzergreifung besteht, als ausschließlichen Aneignungsrechten eine selbständige Stelle unter den absoluten Vermögensrechten einräumen“.[1])

Kärger faßt die Aneignungsrechte ebenfalls als eine besondere Gruppe von Rechten zusammen, stellt sie neben die Gewerberechte und bezeichnet sie als Zwangsrechte, indem er darunter „Rechte auf die ausschließliche Vornahme einer Tätigkeit“ versteht „mit der Befugnis, jeden

[1]) s. Anders, Das Jagd- und Fischereirecht, Innsbruck 1885, S. 67 ff., 69, 75; vgl. auch Pfenningsdorf, Das Jagdrecht und der Eigentumserwerb an jagdbaren Tieren nach gem. Recht, Diss. Rostock 1900, S. 94.

Dritten zu zwingen, die Vornahme dieser Tätigkeit zu unterlassen und die Vornahme derselben von seiner Seite zu dulden". In dem von ihm entworfenen System der Rechte weist er ihnen als Zwangsrechten einen besonderen, selbständigen Platz an und charakterisiert sie daselbst als „Rechte über Handlungen, d. h. über die Beziehung von Personen zur Sachenwelt".[1])

Erst Lehmann hat hier Klarheit geschaffen. Nach ihm[2]) besteht eine rechtliche Beziehung zwischen der zur Aneignung berechtigten Person und der aneignungsfähigen Sache; jedoch geht diese noch nicht so weit, daß sie die Sache der Beherrschung der Person unterwirft. Die Person besitzt noch nicht eine bestimmt geartete, begrenzte oder unbegrenzte Herrschaft über die Sache, „weder Eigentum noch auch Besitz, weder Nutzungs- noch Veräußerungsrecht, so daß die Sache noch nicht zu ihrem Vermögen gehört".[3]) Aber dennoch ist der Aneignungsberechtigte befugt, die Sache zum Bestandteil seines Vermögens, sich zum Eigentümer an ihr zu machen. Diese Befugnis hat nicht jedermann, wie bei dem allgemeinen Okkupationsrecht, sondern nur eine bestimmte Person, der sie als Ausfluß eines besonderen Rechtes zusteht. Da nun diese Befugnis unmittelbar auf die Sache selbst geht und nicht darin besteht, daß eine bestimmte andere Person das Eigentum an der Sache zu übertragen verpflichtet wäre, so kann sie nicht auf einem bloß obligatorischen Verhält-

[1]) vgl. Kärger, Zwangsrechte, ein Beitrag zur Systematisierung der Rechte S. 30, 170, 171, 221.

[2]) vgl. Stobbe-Lehmann II §§ 78 und 116.

[3]) vgl. Stobbe-Lehmann II § 116 S. 446.

nis beruhen. Vielmehr ist sie ein Recht an der Sache, das auf ihre Aneignung gerichtet ist, und zwar unabhängig von dem Willen und der Tätigkeit anderer Personen; mithin stellt sich das Aneignungsrecht als ein dingliches Recht dar, so daß Lehmann in zutreffender Weise die Bezeichnung „dingliche Aneignungsrechte“ gewählt hat. Er definiert sie als „Rechte, bei denen eine Beziehung zwischen Person und Sache dahin besteht, daß eine Person die ausschließliche Befugnis hat, ein Beherrschungsrecht an der Sache — in der Regel, aber nicht notwendig, Eigentum — zu erlangen“.

Mit Recht bringt er sie nicht unter die Kategorien der Lehre vom Eigentumserwerb und Eigentumsverlust, sondern faßt sie als eine besondere Gruppe unter den dinglichen Rechten auf. Das Wesen der letzteren besteht nach ihm [1]) in der Regel in einer „Beherrschungsbeziehung der Menschen zu den Sachen, da letztere den Bedürfnissen der Menschen dienen und, um zu diesem Zweck verwendet werden zu können, von den Menschen beherrscht werden müssen“. Entweder kann nun der einzelne die Sache in jeder Beziehung allein beherrschen; dann ist er Eigentümer. Oder aber die Sache gehört dem einen zu Eigentum und ist zugleich in einzelnen Beziehungen vorübergehend oder dauernd der Beherrschung anderer unterworfen; dann haften an ihr neben dem Eigentum beschränkte dingliche Rechte. Jedenfalls besteht, wie Lehmann zutreffend ausgeführt hat, sowohl beim Eigentum als auch bei diesen beschränkten dinglichen Rechten

[1]) vgl. a. a. O. II § 78 S. 78.

eine Herrschaftsbeziehung der Person und Sache dahin, daß die Person zur Verwendung der Sache in irgendeiner Richtung, sei es Besitz oder Gebrauch oder Veräußerung, befugt ist.

Während also bei den dinglichen „Beherrschungsrechten" die Herrschaft der Person über die Sache bereits in irgend einer Beziehung realisiert ist, ist bei den als besondere Gruppe daneben bestehenden dinglichen Aneignungsrechten der Aneignungsberechtigte — wie oben dargestellt — erst befugt, ein Beherrschungsrecht an der Sache zu erlangen.[1]) Sie haben wie alle dinglichen Rechte eine positive und eine negatorische Wirkung. „Denn einerseits erwirbt der Aneignungsberechtigte ohne Rücksicht auf den entgegenstehenden Willen anderer durch bloße Inbesitznahme der seinem Aneignungsrecht unterliegenden Sachen Eigentum an ihnen, und andererseits wird jeder nichtberechtigte Dritte von der Okkupationsbefugnis ausgeschlossen, so daß er trotz der Besitzergreifung Eigentum an den Sachen nicht erlangt."[2])

Das „dingliche Aneignungsrecht" besteht zwar vorzugsweise an herrenlosen Sachen, kommt aber auch an solchen vor, die einer dritten Person zu Eigentum gehören, wie z. B. das Expropriationsrecht, Retraktsrecht u. a.

Die herrenlosen Sachen lassen sich demgemäß in zwei Kategorien einteilen, und zwar in solche, welche dem Zugriff eines jeden Okkupanten unterliegen, und in solche, die nur von bestimmten Personen auf Grund eines ding-

---

[1]) So Stobbe-Lehmann II § 78 S. 80.

[2]) vgl. Stobbe-Lehmann II § 116 S. 448.

lichen Aneignungsrechtes erworben werden können, und die man mit Anders [1]) als „ansprüchige“ bezeichnen kann.

Hier kommen nur die dinglichen Aneignungsrechte an den sogen. „ansprüchigen“ herrenlosen Sachen in Betracht, von denen das Berg-, Fischerei- und Jagdrecht näher besprochen werden sollen.

I. Nach Art. 67 E.G. zum B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, die dem Bergrecht angehören, unberührt. Das demnach noch heute maßgebende Allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865 hat in Preußen die Bergbaufreiheit in der Weise eingeführt, daß jedem das Bergbaurecht verliehen werden muß, der in der vorgeschriebenen Form durch die sogen. „Mutung“ bei der Bergbehörde darum nachsucht. Mit diesem Rechte, das meist als „Bergwerkseigentum“ bezeichnet wird, hat er aber ein dingliches Aneignungsrecht an den in einem bestimmten Gebiete befindlichen sogen. „verleihbaren“ herrenlosen Mineralien erlangt.[2]) Wenn daher ein anderer an ihnen Eigenbesitz ergreift, so verletzt er dadurch das dingliche Aneignungsrecht des Belichenen und ist gemäß § 958 Abs. 2 B.G.B. nicht imstande, Eigentum an den herrenlosen Mineralien zu erwerben.

II. Unberührt bleiben ferner nach Art. 69 E.G. zum B.G.B. die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd und Fischerei, unbeschadet der Vorschrift des § 958 Abs. 2 B.G.B. und der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Ersatz des Wildschadens.

An herrenlosen Fischen kann im offenen Meere jeder-

[1]) a. a. O. S. 61/62.

[2]) vgl. Dernburg, Bürg. R. III § 142 S. 432, 436.

mann, Inländer wie Ausländer, und an den deutschen Meeresküsten grundsätzlich jeder Deutsche durch Aneignung Eigentum erwerben. Dagegen hängt die Befugnis zum Fischen in den Flüssen und sonstigen Binnengewässern partikularrechtlich entweder von Grundeigentum oder von einer Fischereigerechtigkeit ab. Letztere gewährt der Regel nach ein dingliches Aneignungsrecht an den in dem Wasser lebenden herrenlosen Fischen und sonstigen Tieren.[1])

III. Die größte Bedeutung unter den dinglichen Aneignungsrechten an ansprüchigen herrenlosen Sachen hat das Jagdrecht. Es besteht in einem ausschließlichen Aneignungsrecht des Jagdausübungsberechtigten an allen herrenlosen jagdbaren Tieren innerhalb seines Jagdbezirkes.[2])

Wenn nun jemand unbefugt auf fremdem Jagdgebiet ein herrenloses jagdbares Tier erlegt und in Eigenbesitz nimmt, so verletzt er dadurch das dingliche Aneignungsrecht des Jagdausübungsberechtigten und kann daher nach § 958 Abs. 2 B.G.B. kein Eigentum an dem Wilde erwerben. An dieser Vorschrift wird auch durch entgegenstehende landesgesetzliche Normen nichts geändert, da durch Art. 69 E.G. zum B.G.B. gerade diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd beseitigt sind, die mit § 958 Abs. 2 in Widerspruch stehen. Mit dieser Bestimmung hat das Bürgerliche Gesetzbuch eine der bekanntesten Streitfragen des gemeinen Rechtes beseitigt;

[1]) So preuß. A.L.R. I, 9 § 170; s. Dernburg a. a. O. S. 349.

[2]) vgl. Dernburg, Bürg. R. III § 113; Wagner, Die preußische Jagdgesetzgebung S. 1; A.L.R. II, 16 § 30.

es ist heute unzweifelhaft, daß der Wilderer an dem von ihm widerrechtlich erlegten herrenlosen Wilde kein Eigentum erwirbt.

Andererseits ist oft die Frage aufgeworfen worden, ob der Jagdausübungsberechtigte durch die unbefugte Okkupationshandlung des Wilderers Eigentümer des Wildes geworden sei.

Wir haben oben ausgeführt, daß die dinglichen Aneignungsrechte, zu denen auch das Jagdrecht gehört, gleich allen anderen dinglichen Rechten eine doppelte Wirkung haben. Diese äußert sich beim Jagdrecht darin, daß einerseits der Jagdausübungsberechtigte durch bloße Ergreifung des Eigenbesitzes an dem herrenlosen Wilde Eigentum erwirbt, während andererseits der unbefugte Jäger von dem Eigentumserwerb ausgeschlossen ist. Hieraus ergibt sich, daß der Jagdausübungsberechtigte nur durch seine eigene Okkupationshandlung, nicht aber durch die Tätigkeit des Wilderers Eigentum an dem Wilde erlangt.[1]) Infolgedessen bleibt das vom Wilderer erlegte Wild nach wie vor herrenlos, auch wenn er es in Eigenbesitz genommen hat.[2]) In demselben Sinne betonen auch die Protokolle der zweiten Kommission, daß nach der Mehrheit dieser Kommission die Bestimmung des § 903 Abs. 2 des zweiten Entwurfes „nicht nur den Eigentumserwerb des unberechtigten Okkupanten verneine, sondern positiv die Fortdauer der Herrenlosigkeit ausspreche".[3])

---

[1]) vgl. Dahmen, Der Eigentumserwerb am Wilderergut, Diss. Rostock 1902, S. 56–60.

[2]) vgl. Stobbe-Lehmann II S. 582; Dahmen S. 112.

[3]) s. Prot. Bd. 3 S. 253.

Wie sollte man sich auch einen Eigentumserwerb des Jagdausübungsberechtigten durch die Besitzergreifung des Wilderers konstruieren? Nach der im § 958 Abs. 1 B.G.B. aufgestellten allgemeinen Regel ist zu dem Eigentumserwerb durch Aneignung die Ergreifung des Eigenbesitzes an der herrenlosen beweglichen Sache erforderlich. Da dieses Erfordernis auch für den Eigentumserwerb des Jagdausübungsberechtigten gilt, so kann er — wie bereits hervorgehoben — nur auf diese Weise selbst oder durch einen Stellvertreter Eigentum erwerben. Man hat nun wiederholt den Versuch gemacht, den unbefugten Okkupanten als unfreiwilligen Stellvertreter des Aneignungsberechtigten aufzufassen;[1]) jedoch darf diese Ansicht heute als widerlegt betrachtet werden.[2])

Auch von einer sogen. „Ablenkung" des Eigentums von der Person des Wilderers auf den Aneignungsberechtigten kann nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht die Rede sein. Vielmehr haben sich die Motive gerade gegen eine solche Bestimmung gesträubt, wie sich aus Mot. III S. 370 ergibt: „Daß im Falle der

---

[1]) So Schütze im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. VI S. 104 ff.; v. Brünneck im Archiv f. civ. Pr. Bd. 48 S. 97 ff.

[2]) vgl. hierüber besonders Jaehner, Eigentumserwerb am Wilderergut, Diss. Göttingen 1897, S. 5/6; Pfenningsdorf, Das Jagdrecht und der Eigentumserwerb an jagdbaren Tieren, Diss. Rostock 1900, S. 76—81; Wilke, Die Streitfrage nach dem rechtlichen Schicksal des vom Unbefugten okkupierten Wildes, Diss. Erlangen 1898, S. 71/76; Nußbaum, Eigentumserwerb an widerrechtlich erlegtem Wilde, Diss. Erlangen 1897, S. 50 ff.; Dahmen a. a. O. S. 89 ff.; Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II § 25 S. 75/76; Endemann II § 86 S. 340; Dernburg, Pand. I § 203 Anm. 14.

unerlaubten Zueignung die Sache einen Besitzer und Inhaber erhält, ohne Gegenstand des Eigentums zu werden, ist kein innerer Widerspruch. Eine Vorschrift dahin, daß in dem Falle der Zueignung unter Verletzung eines Zueignungsrechtes der erfolgende Eigentumserwerb kraft Gesetzes von der Person des unbefugten Okkupanten auf die Person des Zueignungsbefugten abgelenkt werde, würde das gewichtige Bedenken gegen sich haben, daß im Widerspruche mit den in Deutschland hergebrachten Rechtsanschauungen[1]) die strafrechtlichen zum Schutze des Eigentums dienenden Vorschriften gegen den unbefugten Okkupanten, der die Sache sich aneignet, Anwendung finden würden."

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß durch die Okkupationshandlung des Wilderers weder dieser noch der Jagdausübungsberechtigte Eigentum erwirbt, sondern die bisherige Herrenlosigkeit des Wildes bestehen bleibt.

Weiterhin ist es sehr bestritten, ob jemand gutgläubig von dem Wilderer das von ihm erlegte, herrenlos gebliebene Wild durch Veräußerungsgeschäft zu Eigentum erwerben kann.

Nach § 932 B.G.B. wird allerdings der Erwerber einer beweglichen Sache auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zur Zeit des Erwerbes nicht in gutem Glauben ist. Trotz des guten Glaubens tritt aber nach § 935 der Erwerb des Eigentums nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden

---

[1]) s. insbesondere Reichsgericht, Rechtsprechung in Strafsachen Bd. 5 Nr. 97 S. 281.

gekommen war. Es ist nun behauptet worden, daß diese zum Schutze des Eigentümers getroffene Bestimmung des § 935 auch auf den Fall gutgläubigen Erwerbes des vom Wilderer erlegten Wildes anzuwenden sei.[1]) Wilke sucht diese Behauptung folgendermaßen zu begründen.

„Es liege den genannten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs das deutschrechtliche Prinzip ‚Hand wahre Hand' zugrunde, und dieses hätte die dingliche Klage gegen den gutgläubigen Erwerber nur dann ausschließen wollen, wenn der Eigentümer seine Sache selbst in den Gewahrsam eines anderen gegeben hätte, der sie dann seinerseits veräußerte. Dieser Fall liege hier aber nicht vor, da der Aneignungsberechtigte die betreffende Sache garnicht freiwillig aus der Hand gegeben habe; infolgedessen sei der Eigentumserwerb des gutgläubigen Dritten ausgeschlossen. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch nur von Fällen spreche, in denen die Sachen ‚dem Eigentümer' abhanden gekommen seien, so erkläre sich das sehr einfach daraus, daß die Redaktoren nur an den nächstliegenden Fall, an die Stellung des gutgläubigen Erwerbers gegenüber der rei vindicatio, gedacht hätten. Was aber der Eigentumsklage gegenüber gelte, müsse auch der Aneignungsklage gegenüber gelten."

Daß dem Bürgerlichen Gesetzbuch hier das Prinzip „Hand wahre Hand" zugrunde liegt, ist allerdings richtig. Dies deuten die Motive Bd. 3 S. 348 an, und auch die Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs sagt dementsprechend — S. 196 —: „Nur wenn durch

[1]) So Wilke a. a. O. S. 77.

den Willen des Eigentümers selbst ein anderer in die Lage versetzt worden ist, Dritten gegenüber ausschließlich über die Sache zu verfügen, ist es an sich gerechtfertigt, den Eigentümer im Verhältnisse zu dem gutgläubigen Erwerber die Gefahr einer solchen Verfügung tragen zu lassen.“ Gleichwohl können wir die Ansicht Wilkes nicht teilen, daß die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei Formulierung des § 935 seine Anwendbarkeit auf unseren Fall nicht haben ausschließen wollen. Überhaupt ist Wilke bei seinen Betrachtungen von einer falschen Voraussetzung ausgegangen. Er stellt den Satz an die Spitze, daß der gutgläubige Erwerber in jedem Falle nur dann Eigentum erwerben könne, „wenn der frühere Eigentümer seine Sache selbst in den Gewahrsam des Veräußerers gegeben hatte“, und kommt zu dem Ergebnis, daß in denjenigen Fällen, in denen der Eigentümer die betreffende Sache nicht freiwillig aus seiner Hand gegeben habe, das Prinzip „Hand wahre Hand“ nicht zutreffe, also auch der gutgläubige Dritte kein Eigentum erwerbe. Wollte man diese für den Eigentümer vielleicht zutreffenden Sätze auf den Jagdausübungsberechtigten anwenden, so müßte man auch für den Fall, den Wilke zum Ausgangspunkt seiner Beweisführung gemacht hat, daß nämlich der bisherige Eigentümer seine Sache dem Veräußerer in den Gewahrsam gegeben hat, ein Analogon für den Jagdausübungsberechtigten finden. Dies ist aber mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Jagdobjektes, des Wildes, unmöglich. Nach § 960 ist nämlich das Wild herrenlos, solange es sich in der Freiheit befindet. Herrenlos bedeutet hier nicht nur eigentumslos, sondern auch besitzlos, da es

nach den Erfahrungen des praktischen Lebens ganz zweifellos ausgeschlossen ist, von einer tatsächlichen Gewalt des Jagdherrn über das in seinem Jagdgebiet frei sich tummelnde Wild zu sprechen. Daraus folgt aber, daß der Fall, daß der Jagdausübungsberechtigte ein Stück des seinem Aneignungsrecht unterliegenden Wildes aus seinem Gewahrsam gebe, überhaupt niemals eintreten kann, da jener gar keinen Gewahrsam an dem freien Wilde hat. Steht dies aber fest, so kann man auch nicht diesen, gar nicht möglichen Fall als Grundlage und Ausgangspunkt für die entgegengesetzten Fälle ins Auge fassen. Daraus ergibt sich die Unhaltbarkeit der von Wilke gezogenen Schlüsse.

Demgemäß müssen wir die Frage, ob der gutgläubige Dritte an dem Wilderergut Eigentum gemäß § 932 B.G.B. erwirbt, oder ob ein Ausnahmefall im Sinne des § 935 vorliegt, von anderen Gesichtspunkten aus prüfen.

Nach § 935 wird das Eigentum dann nicht erworben, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Setzen wir statt des „Eigentümers" den „Jagdberechtigten", so muß, wenn § 935 auf ihn analog angewendet werden soll, die seinem Aneignungsrecht unterliegende Sache — das Wild — ihm „abhanden gekommen" sein. Wir müssen also vor allem die Bedeutung des Ausdruckes „abhanden gekommen" prüfen. Die Motive sehen darin, indem sie dies als „prinzipielle Voraussetzung" für die im Gesetz hier gemachte Ausnahme betonen, den „Verlust der Inhabung ohne den Willen des Inhabers"; „dieses Prinzip sei in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes als dem Art. 306

Abs. 4 des H.G.B. zugrunde liegend anerkannt".[1]) Ebenso forderte Entwurf I, daß die Sache „in anderer Weise ohne den Willen des Eigentümers oder desjenigen, welcher sie für denselben innehatte, aus deren Inhabung gekommen" sei. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch ist in dem Sinne auszulegen, daß unter „abhanden gekommen" ein Besitzverlust ohne Willen des bisherigen Besitzers im weitesten Sinne zu verstehen ist.[2])

Soll nun § 935 auf den Jagdberechtigten analog Anwendung finden, so muß auch diesem das Wild in dem genannten Sinne „abhanden gekommen" sein. Von einem „abhanden kommen" im Sinne von unfreiwilligem Besitzverlust kann aber beim Wilde nicht die Rede sein, da der Jagdberechtigte an dem in seinem Jagdgebiete befindlichen Wilde gar keinen Besitz hat, mithin ihn auch nicht unfreiwillig verlieren kann.[3]) Ohne einen früheren Besitz ist das „abhanden kommen" nicht denkbar; dies ergibt sowohl die Entstehung des Wortes, wie wir gesehen, als auch seine Stellung im Gesetzestext. „Gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen", diese Zusammenstellung weist deutlich darauf hin, daß es sich hier um Besitzverlust handelt. Den Begriff „abhanden gekommen" aber etwa auf die Entziehung der Aneignungsmöglichkeit durch den Wilderer auszudehnen, wäre eine allzuweite, die Sicherheit der Sprache bedrohende Auslegung. Vielmehr ist es als Standpunkt des Bürgerlichen

[1]) vgl. Mot. Bd. III S. 348; Entsch. d. R.G. in Civilsachen Bd. 1 S. 255, S. 418.

[2]) vgl. Planck Bd. 3 § 935 Erl. 3.

[3]) vgl. Dahmen a. a. O. S. 125.

Gesetzbuchs anzusehen, wie Dahmen a. a. O. S. 125/26 hervorhebt, daß im § 932 B.G.B. die Regel aufgestellt worden ist, wonach der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentümer wird, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Diese Regel wird nur in den drei im § 935 genannten Fällen durchbrochen. Da aber oben bewiesen worden ist, daß die Ergreifung des herrenlosen Wildes durch den Wilderer nicht hierunter fällt, so erlangt der gutgläubige Erwerber an dem vom Wilderer erlegten herrenlosen Wilde das Eigentum.[1])

Außer den dinglichen Aneignungsrechten schränken auch die sogen. gesetzlichen Aneignungsverbote die vom Gesetz an das Bestehen der Herrenlosigkeit einer beweglichen Sache geknüpften Wirkungen ein. Denn nach § 958 Abs. 2 B.G.B. wird das Eigentum an einer herrenlosen Sache ferner trotz Vorliegens der im Abs. 1 aufgestellten Erfordernisse nicht erworben, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist. Als gesetzliches Aneignungsverbot kommt nach Art. 2 E.G. zum B.G.B. jede Rechtsnorm in Betracht, sowohl Reichs- wie Landesgesetze, auch Polizeiverordnungen, und zwar ohne Unterschied, ob sie eine Strafe für die Aneignungshandlung androhen oder nicht.[2])

[1]) Zu demselben Ergebnis kommen: Planck III § 958 Erl. 3c; Dernburg, Bürgerl. Recht III § 111 Anm. 7; Dickel a. a. O. S. 507, S. 386 Anm. 156; Dahmen S. 126 und Pfenningsdorf a. a. O. S. 89/90, für den insbesondere die Rücksicht auf das Interesse des Verkehrs ausschlaggebend war.

[2]) vgl. Mot. III S. 369/70.

Obwohl die Grenze zwischen „gesetzlichen Aneignungsverboten“ und den dinglichen „Aneignungsrechten“ nicht immer scharf zu ziehen sein wird, da bisweilen eine Aneignung, die gesetzlich verboten ist, zugleich auch als Störung eines dinglichen Aneignungsrechtes sich erweisen kann, wird der Unterschied in der Regel darin zu sehen sein, daß mit den ersteren vorzugsweise öffentliche, mit den letzteren besonders private Interessen geschützt werden. Diesen Gedanken sprechen die Motive — Bd. 3 S. 370 — dadurch aus, daß sie sagen: „Der Zueignung, welche im öffentlichen Interesse verboten ist, steht die Zueignung, welche ein privates Zueignungsrecht verletzt, gleich.“

Von gesetzlichen Aneignungsverboten, welche zahlreich sind, seien hier nur folgende erwähnt:

1. § 368 Ziff. 11 R.Str.G.B.

Danach ist unter Strafe verboten das unbefugte Ausnehmen von Eiern oder Jungen von jagdbarem Federwild oder von Singvögeln.

2. Reichsgesetz betr. den Schutz von Vögeln vom 22. März 1888, insbesondere die im § 1 enthaltenen Verbote „des Ausnehmens von Vogeleiern und -jungen“. Ferner hat der § 3 Abs. 2 dem Bundesrat die Ermächtigung eingeräumt, „das Fangen und die Erlegung bestimmter Vogelarten ... allgemein ... zu verbieten“.[1])

Bisweilen kann es streitig sein, ob der Verstoß gegen eine Rechtsnorm, insbesondere gegen die Wildschongesetze die Unwirksamkeit der gleichwohl erfolgten Aneignung und somit das Fortbestehen der Herrenlosigkeit der okku-

---

[1]) vgl. Dickel a. a. O. S. 500.

pierten Sache zur Folge hat. Daher wurde über diese Frage schon in der zweiten Kommission verhandelt.[1]) Ausschlaggebend ist hierbei, ob durch die betreffende Vorschrift die Aneignung als solche und dauernd verboten ist, wie z. B. das Jagen von Rehkälbern nach § 1 Nr. 6 des preuß. Wildschongesetzes vom 26. Februar 1870.[2])

In solchen Fällen ist, da die Aneignung als solche gesetzlich verboten ist, der Eigentumserwerb ausgeschlossen, so daß die Herrenlosigkeit der betreffenden Sache trotz Ergreifung des Eigenbesitzes bestehen bleibt.

Ist dagegen nicht die Aneignung an sich, sondern nur eine bestimmte Art der Ausübung oder die Aneignung zu einer bestimmten Zeit, z. B. das Jagen während des Gottesdienstes an Sonn- und Feiertagen, oder an bestimmten Orten verboten, oder werden sonstwie lediglich polizeiliche Zwecke verfolgt, so ist die Aneignung deshalb nicht unwirksam.[3]) Daher kann der Jäger an dem rechtmäßig erlegten herrenlosen Wilde auch dann Eigentum erwerben, wenn er etwa dem Verbote des § 367 Ziff. 8 Str.G.B. zuwider ohne polizeiliche Erlaubnis an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten mit Feuergewehr geschossen, oder trotz des Verbotes des § 1 Nr. 13 des preuß. Wild-

---

[1]) vgl. Prot. S. 3786, 3789; ferner Matthiaß II § 25 S. 75 Anm. 6.

[2]) vgl. Dickel a. a. O. S. 500; Neumann, Handausgabe des B.G.B. I § 958 Anm. 5; Wagner, Preuß. Jagdgesetzgebung S. 62.

[3]) vgl. Staudinger, „Einiges über Aneignung von Tieren mittels Jagd", in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 63 Nr. 16 S. 291 ff.

schongesetzes vom 26. Februar 1870 Rebhühner, Hasen oder Rehe in Schlingen gefangen hat.[1])

4. Sonderbestimmungen für herrenlose wilde Tiere und Bienen.

Die bisherigen Betrachtungen zu dem Begriffe „herrenlos" bezogen sich auf bewegliche Sachen im allgemeinen. Außerdem hat das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 960, 961 noch einige Sonderbestimmungen für wilde Tiere und Bienen in bezug auf ihre Herrenlosigkeit getroffen. Es entspricht dies der schon im römischen und deutschen Rechte gewürdigten, natürlichen Veranlagung der Tiere als Lebewesen, die frei und unabhänigig vom Willen des Menschen, auf Grund eigenen Entschlusses imstande sind, ihre Besitzposition zu verändern.

§ 960 B.G.B. lautet:

„Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden. Wilde Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos.

Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgibt.

Ein gezähmtes Tier wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren."

---

[1]) vgl. Dickel a. a. O. S. 500; Staudinger, Komm. Bd. 3 § 958 Erl. d; Planck III § 958 Erl. 3a; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 7 S. 92. Anderer Ansicht sind: Kipp-Windscheid § 184 S. 840; Cosack II § 203 I, 3 S. 132.

Diesem Paragraphen liegt entsprechend dem römischen Recht und der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechtes die Unterscheidung der Tiere in wilde und zahme zugrunde.[1]) Der Begriff des wilden Tieres wird als feststehend vorausgesetzt. Man darf mit Dernburg darunter solche Tiere verstehen, die „normalerweise frei von menschlicher Herrschaft leben".[2]) Mit Recht betonen die Motive,[3]) daß „zoologische Gattungsmerkmale nicht entscheiden, da dieselbe Gattung je nach der Gegend bloß in zahmen oder bloß in wilden oder sowohl in zahmen als auch in wilden Exemplaren vorkommen könne".

Als bloße Unterarten der wilden Tiere nennt das Gesetz „gefangene", d. h. durch physische Mittel zurückgehaltene, und „gezähmte" d. h. psychisch beherrschte Tiere.[4]) Im Gegensatz zu diesen wilden stehen die im Gesetz nicht erwähnten zahmen oder Haustiere; das sind nach Dernburg[5]) solche, „die den Menschen normalerweise dienstbar sind", wie Pferde, Rindvieh, Hunde, Hühner u. a.

Die wilden Tiere sind nun herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden. Infolgedessen können sie in dem ursprünglichen Zustand der Freiheit durch Aneignung zu Eigentum erworben werden, sofern nicht die Aneignung gesetzlich verboten ist oder durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen, vor allem das Jagd-

---

[1]) vgl. Mot. III S. 371; Planck III § 960 Erl. 1; Dernburg, Pand. I § 223.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. I § 223 S. 131.

[3]) Motive III S. 371.

[4]) vgl. Dernburg a. a. O.

[5]) a. a. O.

oder Fischereirecht verletzt wird. Aus dem letzteren folgt, daß sich der Satz 1 des § 960 nicht umkehren läßt; denn wilde Tiere, die sich nicht in der Freiheit befinden, hören damit nicht ohne weiteres auf, herrenlos zu sein. Vielmehr ist die Endigung der ursprünglichen Herrenlosigkeit auch hier an die Voraussetzungen des § 958 geknüpft, so daß die Herrenlosigkeit trotz der Beendigung der Freiheit nicht endigt, wenn jemand das wilde Tier nur in einfachen Besitz, nicht in Eigenbesitz genommen hat, oder wenn durch die Besitzergreifung gegen § 958 Abs. 2 verstoßen ist. Daraus ergibt sich, daß — wie bereits mehrfach betont — eine herrenlose Sache bisweilen nur eine „eigentumslose", bisweilen aber, wie im § 960 Satz 1, eine „eigentumslose und besitzlose" sein kann.

Wenn ferner der zweite Satz des § 960 bestimmt, daß wilde Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern nicht herrenlos seien, so ist daraus in Verbindung mit Satz 1 zunächst zu folgern, daß solche Tiere sich nicht mehr in der Freiheit befinden, da sie ja sonst herrenlos wären. Wir haben aber soeben gesehen, daß der Umstand allein, daß ein wildes Tier sich nicht mehr in der Freiheit befindet, noch nicht seine Herrenlosigkeit endigen läßt. Der Gesetzgeber muß also mit jener Bestimmung mehr gesagt haben wollen, als daß solche Tiere sich nicht mehr in der Freiheit befänden. Wenn sie sogar nicht herrenlos sind, sondern im Eigentum stehen, so muß sich ein Vorgang abgespielt haben, durch den etwa vorher herrenlos gewesene Tiere diese Eigenschaft verloren haben. Dieser Vorgang kann nach § 958 nur in der Ergreifung des Eigenbesitzes bestehen, der

seinerseits den Willen des Grundeigentümers, die Tiere als ihm gehörend zu besitzen, und die Erlangung ihrer tatsächlichen Gewalt voraussetzt. Den geforderten Willen wird man bei demjenigen, der sich einen „Tiergarten" angelegt hat, ohne weiteres als vorhanden annehmen können. Demgemäß kann der Satz 2 nur auf solche Fälle angewandt werden, in denen unter Berücksichtigung der Anschauungen des Verkehrs und des praktischen Lebens anzunehmen ist, daß der Grundstückseigentümer an den in seinem „Tiergarten" befindlichen Tieren die tatsächliche Gewalt in dem oben geschilderten Sinne erlangt habe. Damit ist aber die Begrenzung des Begriffes „Tiergarten" von selbst gegeben. Die Motive[1]) verstehen darunter ein „eingehegtes Grundstück" schlechthin; jedoch haben im Gegensatz hierzu die Protokolle der 2. Kommission S. 254 ausdrücklich bemerkt, daß von „Tiergärten" eingehegte Jagdreviere wohl zu unterscheiden seien, da „das in solchen gehaltene jagdbare Wild wenigstens in großen Teilen Deutschlands als herrenlos gelte und daher die rechtswidrige Aneignung nicht als Diebstahl, sondern als Jagdvergehen behandelt werde". Für die Begriffsbestimmung des „Tiergartens" im Sinne der genannten Gesetzesvorschrift kommt es also vor allen Dingen darauf an, ob der Grundeigentümer an den auf seinem Grundstück befindlichen wilden Tieren die tatsächliche Gewalt erlangt hat. Es werden daher Vorrichtungen verlangt werden müssen, die ein beliebiges Entweichen der Tiere unmöglich machen, z. B. ein „fortlaufendes Wildgatter"; ferner wird es, wie Biermann[2])

[1]) Motive III S. 372.

[2]) Komm. zum B.G.B. III § 960 Erl. 1.

betont, „auf die Zahl der Öffnungen, ihre Überwachung, die Größe des eingehegten Raumes“ ankommen.[1]) Der Begriff der „geschlossenen Privatgewässer“ gehört dem Wasserrecht an und bestimmt sich daher gemäß Art. 65 E.G. zum B.G.B. nach Landesrecht, so daß in Preußen das Fischereigesetz vom 30. Mai 1874, § 4, maßgebend sein dürfte.[2]) Aus der hiernach festgestellten eingeschränkten Anwendbarkeit des Satzes 2 Abs. 1 § 960 ist zu schließen, daß dieser Vorschrift lediglich die Bedeutung einer Vermutung beigelegt werden darf, die durch Gegenbeweis entkräftet werden kann. Oder aber man geht für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift von dem Begriff „Tiergarten“ bezw. von den „geschlossenen Privatgewässern“ aus und prüft im einzelnen Fall, ob die betreffende Umfriedung als „Tiergarten“ im Sinne dieser Vorschrift aufzufassen ist. Den Ausschlag geben hierbei, wie erörtert, lediglich besitzrechtliche Fragen. Da diese aber an anderer Stelle im Gesetz hinreichend geregelt sind, so wäre diese Vorschrift hier zu entbehren und könnte nur als ein der sonstigen Gepflogenheit des Gesetzes nicht entsprechendes Beispiel für die Anwendung des Begriffes „tatsächliche Gewalt“ zu verstehen sein. Der zweite Absatz des § 960 B.G.B. sagt:

„Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer

---

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht III § 112 S. 335; Planck III § 960 Erl. 2; ferner R.G. in Strafsachen Bd. 8 S. 275, Bd. 26 S. 218.

[2]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht III § 112 Anm. 6; Biermann a. a. O.; anderer Ansicht Planck III § 960 Erl. 2.

das Tier unverzüglich verfolgt, oder wenn er die Verfolgung aufgibt."

Der Ausdruck „gefangen" ist einer näheren Prüfung zu unterziehen. Der Zusammenhang des Abs. 2 ergibt, daß der Gesetzgeber unter „gefangenen" Tieren nur solche versteht, die nicht nur ihrer Freiheit beraubt sind, sondern auch in jemandes Eigentum stehen; denn er sagt: „wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt." Wir haben aber wiederholt oben gesehen, daß man ein herrenloses Tier in Besitz nehmen, also der Freiheit entziehen kann, ohne sein Eigentümer zu werden, sofern man es nur nicht in Eigenbesitz nimmt. Solche Tiere dürfen, obwohl sie der Freiheit entbehren, nicht als „gefangen" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichnet werden; denn „gefangen" bedeutet nicht lediglich das Gegenteil von „in der Freiheit sich befinden", sondern es heißt so viel wie „in Eigenbesitz genommen". Damit solch' ein „gefangenes" wildes Tier wieder herrenlos werde, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Das Tier muß die Freiheit wiedererlangt haben. Während der erste Entwurf die natürliche Freiheit verlangte, genügt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Freiheit schlechthin. Infolgedessen gilt die Bestimmung auch für solche Tiere, die in Deutschland nicht in natürlicher Freiheit vorkommen, also auch für alle fremdländischen Tiere.[1])

2. Der Eigentümer muß das Tier entweder nicht

---

[1]) vgl. Planck III § 960 Erl. 3a; Dernburg, Bürgerl. Recht III § 112 S. 336.

unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern[1]) verfolgt oder die Verfolgung aufgegeben haben. Unter „Verfolgung“ ist hier schon mit Rücksicht auf die Streichung der „natürlichen“ Freiheit jede auf die Erreichung des Tieres gerichtete Handlung zu verstehen, z. B. auch eine dahin gerichtete öffentliche Anzeige. Sie braucht nicht von dem bisherigen Eigentümer persönlich vorgenommen zu werden, sondern kann auch durch einen Beauftragten, ja sogar durch Geschäftsführer ohne Auftrag erfolgen. Schuldhaftes Zögern liegt erst dann vor, wenn der Eigentümer, nachdem er erfahren, daß das Tier die Freiheit wiedererlangt hat, nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Verfolgung betreibt.[2]) Die Verfolgung gilt als aufgegeben, wenn der Eigentümer von der begonnenen Verfolgung tatsächlich Abstand nimmt, wobei jedoch eine Absicht auf Eigentumsverzicht nicht erforderlich ist. Im übrigen ist das Aufgeben der Verfolgung Tatfrage.[3])

Nach § 960 Abs. 3 B.G.B. endlich werden „gezähmte“, d. h. psychisch beherrschte Tiere herrenlos, wenn sie die Gewohnheit ablegen, an den ihnen bestimmten Ort zurückzukehren. Da diese Tiere durch ein engeres, mehr geistiges Band mit ihrem Herrn verknüpft sind, so genügt zur Wiederauflebung ihrer ursprünglichen Herrenlosigkeit nicht die Erlangung der Freiheit und Unterlassung bezw. Aufgabe ihrer Verfolgung durch den Eigentümer, sondern es ist die Ablegung der ihnen innewohnenden Gewohnheit, an

---

[1]) s. § 121 B.G.B.

[2]) vgl. Planck III § 960 Erl. 3b; Dernburg a. a. O. § 112; Biermann III § 960 Erl. 2 β.

[3]) vgl. Planck, Biermann a. a. O.

den ihnen bestimmten Ort zurückzukehren, erforderlich. Wann diese Gewohnheit abgelegt ist, das wird in jedem Fall einzeln zu entscheiden sein, insbesondere unter Berücksichtigung der natürlichen Anlagen des betreffenden Tieres.[1]) Für die im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht erwähnten zahmen oder Haustiere gelten die allgemeinen Vorschriften, so daß sie nur gemäß § 959 herrenlos werden, wenn ihr Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz an ihnen aufgibt, nicht aber schon, wenn sie sich z. B. verlaufen.[2]) Jedoch sei eine Sondervorschrift in bezug auf Haustauben erwähnt, die heute im Gegensatz zum römischen Rechte[3]) zu den Haustieren gehören, so daß das Eigentum an ihnen auch dann nicht untergeht, „wenn sie sich verfliegen".[4]) Nach Art. 130 E.G. zum B.G.B. bleiben nämlich die landesgesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Aneignung der einem anderen gehörenden, im Freien betroffenen Tauben unberührt. In dieser Ausdrucksweise liegt eine Inkonsequenz des Gesetzes, da es sonst nach Analogie des römischen Rechtes als Aneignung nur den Eigentumserwerb an herrenlosen beweglichen Sachen bezeichnet.

Endlich ist noch für Bienen eine besondere Vorschrift im § 961 B.G.B. getroffen worden:

„Zieht ein Bienenschwarm aus, so wird er herrenlos, wenn nicht der Eigentümer ihn unverzüglich verfolgt, oder wenn der Eigentümer die Verfolgung aufgibt."

---

[1]) vgl. Biermann III § 960 Erl. 2b.

[2]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht III § 112 S. 335.

[3]) vgl. l. 5 § 5 D. XXXXI, 1.

[4]) So Dernburg, Pand. I § 223 Anm. 8.

Mit dieser Bestimmung ist der ausziehende Bienenschwarm den gefangenen wilden Tieren gleichgestellt worden, welche die Freiheit wiedererlangt haben, so daß die näheren Voraussetzungen für das Entstehen der Herrenlosigkeit sich nach den obigen Auseinandersetzungen richten. Schon die Motive, Bd. 3 S. 373, zählen die Bienen zu den wilden, aber zähmbaren Tieren. Das „Ausziehen" bedeutet nicht etwa jedes Ausschwärmen, denn die Bienenschwärme fliegen stets frei umher. Vielmehr ist damit der besondere in der Natur der Bienen liegende und periodisch eintretende Fall gemeint, daß „infolge der im Stock erfolgten Aufzucht junger Brut ein Bienenhaufe den plötzlichen Entschluß der Auswanderung behufs Begründung einer neuen Kolonie faßt und auszieht".[1])

Die weiteren Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Bienenrecht kommen hier nicht in Betracht, da sie für den Begriff „herrenlos" keine Ausbeute ergeben.

5. Die einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Grundstücke.

Während das Bürgerliche Gesetzbuch — wie bereits oben in der Einleitung erwähnt — den Ausdruck „herrenlos" nur für bewegliche Sachen gebraucht, kann man ihn analogerweise auch auf Grundstücke anwenden, wie es in Art. 190 E.G. zum B.G.B. geschehen ist. Daher seien kurz die einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches erwähnt.

---

[1]) s. Mot. Bd. 3 S. 373.

Nach § 928 B.G.B. kann das Eigentum an einem Grundstücke dadurch aufgegeben werden, daß der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird. Das Recht zur Aneignung eines auf solche Weise aufgegebenen Grundstückes steht dem Fiskus desjenigen Bundesstaates zu, in dessen Gebiete das Grundstück liegt. Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt. Allerdings bleiben nach Art. 129 E.G. zum B.G.B. die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen das Recht zur Aneignung eines nach § 928 B.G.B. aufgegebenen Grundstücks an Stelle des Fiskus einem bestimmten anderen Rechtssubjekt, z. B. einer Gemeinde, zusteht.[1])

6. Zusammenstellung von herrenlosen Sachen.

Wir schließen unsere Abhandlung mit einer kurzen Aufzählung der nach heutigem Recht als herrenlos anzusehenden Sachen, ohne für diese den Anspruch auf Ausführlichkeit zu erheben.

Infolge der heute vertretenen Rechtsanschauung, die eine Reihe von dinglichen Aneignungsrechten kennt, werden gerade die wichtigsten herrenlosen Sachen nur noch dem Kreise der Aneignungsberechtigten vorbehalten sein.

Zu diesen sogen. „ansprüchigen“ herrenlosen Sachen gehören:

1. Alle jagdbaren wilden Tiere, solange sie sich in der Freiheit befinden. Ebenso jagdbare wilde Tiere, die unter

[1]) vgl. Meisner Bd. 3 § 959 Erl. 1.

Beobachtung von § 958 Abs. 2 lebend gefangen worden sind, dann aber die Freiheit wiedererlangt haben, wenn nicht der bisherige Eigentümer sie unverzüglich verfolgt, oder wenn er die Verfolgung aufgibt. Dieser Fall der Herrenlosigkeit kann sehr leicht bei dem in den meisten Landesrechten als jagdbar anerkannten Schwarzwild eintreten. Wenn z. B. eine wilde Sau von dem Jagdherrn zum Zweck einer Hetzjagd eingefangen worden ist, so hat der Jagdherr dadurch Eigentum an ihr erworben. Erlangt jetzt diese gefangene wilde Sau die Freiheit wieder, so wird sie wieder herrenlos, wenn nicht der Eigentümer sie unverzüglich verfolgt, oder wenn er die Verfolgung aufgibt.

2. Alle als Objekte einer Fischereigerechtigkeit anerkannten, in Flüssen und sonstigen Binnengewässern sich bewegenden Fische und andere nach den Landesgesetzen hierher gerechnete nutzbare Wassertiere.[1])

3. Strandtriftige Güter, d. h. „die besitzlos gewordenen Sachen, die von der See auf den Strand geworfen oder gegen denselben getrieben und vom Strand aus geborgen wurden". An solchen strandtriftigen Gütern steht im Zustand der Herrenlosigkeit dem Staate das ausschließliche Aneignungsrecht zu.[2])

4. Die bergbaufreien Mineralien.[3])

5. In den preußischen Provinzen Pommern, Ost- und

---

[1]) vgl. für Preußen: A.L.R. I, 9 §§ 170ff.; Dernburg, Bürg. Recht III § 114 Anm. 5.

[2]) vgl. Reichsstrandungsordnung vom 17. 5. 1874 §§ 20, 26ff., 35 Abs. 1 ff.

[3]) vgl. für Preußen § 1 des allgem. Berggesetzes.

Westpreußen infolge des dem Staat eingeräumten ausschließlichen Aneignungsrechtes: der Bernstein.[1])

6. Man kann hierher auch die gemäß § 928 Abs. 1 B.G.B. aufgegebenen Grundstücke rechnen, an denen der Staat nach Abs. 2 desselben Paragraphen ein ausschließliches Aneignungsrecht hat.

Nach dieser Aufzählung sieht man, daß heute kaum noch herrenlose Sachen von bedeutenderem Werte vorkommen können, die der freien Aneignung durch jedermann offen stehen.

Alle der freien Aneignung unterliegenden, herrenlosen Sachen müssen jedenfalls beweglich und überhaupt fähig sein, im Privateigentum zu stehen.

Es gehören hierher:

1. Sachen, die noch niemals in jemandes Eigentum standen, z. B. wilde, in der ursprünglichen Freiheit befindliche Tiere, die dem Jagd- und Fischereirecht nicht unterliegen, wie überhaupt alle Sachen, die die Natur beständig neu erzeugt, sofern sie nicht unter die oben aufgezählten fallen, vor allem die Erzeugnisse des Meeres.

2. Die nach § 959 derelinquierten Sachen. Letztere werden meist wertlos sein, wie fortgeworfene Zigarrenreste, auf der Reise fortgeworfene Zeitungen u. a.[2])

„Erblose" Güter im Sinne des früheren Rechtes kommen heute nicht mehr vor, können daher auch nicht zu den herrenlosen Sachen gehören. Vielmehr ersteht einem Nachlaß, wenn zur Zeit des Erbfalles weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden ist, in dem

[1]) vgl. preuß. Gesetz vom 22. 2. 1867.

[2]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht III § 111 S. 334.

Fiskus des Bundesstaates, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat, ein gesetzlicher Erbe gemäß § 1936 B.G.B., der diese Erbschaft nicht einmal ausschlagen kann.[1])

Inwieweit die Beute im Kriege als herrenlos anzusehen ist, ist hier nicht zu erörtern, da das Bürgerliche Gesetzbuch das Beuterecht nicht geregelt, sondern dem öffentlichen Recht überlassen hat.[2])

Sehr bestritten ist endlich die Frage nach der Herrenlosigkeit des Schatzes, einer beweglichen Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (§ 984 B.G.B.). Wir haben oben gesehen, daß es für die Entstehung der Herrenlosigkeit, abgesehen von den Sonderbestimmungen für Tiere, nur zwei Möglichkeiten gibt. Entweder beginnt eine Sache von vornherein herrenlos zu sein in dem Augenblick, wo sie äußerlich in Erscheinung tritt. Dieser Fall ist nach der dem Schatze von dem Gesetz gegebenen Begriffsbestimmung ausgeschlossen. Oder aber die Herrenlosigkeit der beweglichen Sache entsteht dadurch, daß der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt. Eine solche Dereliktionshandlung wird in der Regel bei dem letzten Eigentümer des Schatzes nicht anzunehmen sein. Im Gegenteil! Die Erfahrung des praktischen Lebens lehrt, daß, falls jemand überhaupt eine Sache verbirgt, er dies nicht etwa tut, um auf sie zu verzichten, sondern gerade um sein Eigentum mehr zu sichern, dem Zugriffe Dritter zu entziehen. Er kann wohl damit seinen Besitz

---

[1]) s. § 1942 Abs. 2.

[2]) vgl. Mot. III S. 370.

aufgegeben haben, aber nicht sein Eigentum. Ist ihm aber sein Eigentumsrecht erhalten geblieben, so ist es auch auf seinen Erben übergegangen und von diesem weiter durch Generationen verpflanzt.[1]) Das einmal wohlbegründete Recht ist bestehen geblieben; die ihm innewohnende Kraft ist zu stark, als daß es von selbst in nichts zerfallen könnte. Allerdings können die Ansprüche, die aus dem Rechte sich ergeben, im Laufe der Jahre zerstört sein, so daß es an jeglichem Mittel fehlt, sie praktisch durchzuführen.[2]) Aber darauf kommt es hier nicht einmal an; denn es kann eine Sache schon vor Ablauf der Verjährungszeit etwaiger Ansprüche zu einem Schatze werden. Der Kernpunkt ist vielmehr der, daß das Recht als solches, man möchte fast sagen ein nudum jus, noch lebt, daß aber der Herr, dem dieses Recht zusteht, der Außenwelt nicht mehr bekannt, nicht mehr zu ermitteln ist.

Demgemäß ist der Schatz eine Sache, an der das rechtmäßig begründete Eigentum als Recht fortlebt, wenn auch dieses Recht seinen praktischen Wert verloren hat und unserem geistigen Auge nur als ein lockeres Gebilde erscheint.[3]) Aber der Schatz ist zugleich eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist. Streng genommen ist also der Schatz nicht etwa eine Sache ohne Eigentümer; denn schon das am Schatz fortlebende Recht setzt ein Subjekt voraus, dem das Recht zusteht. Ferner hat das Gesetz selbst, wenn es

---

[1]) vgl. Gimmerthal, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 51 S. 63 Anm. 2.

[2]) vgl. Endemann I § 90 S. 387.

[3]) vgl. Biermann III § 984 Erl. 1.

sagt, der Eigentümer sei nicht mehr zu ermitteln, damit nicht den Fall ausgeschlossen, daß er in Wirklichkeit noch vorhanden ist. Wenn nun auch eine Sache, deren Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist, praktisch einer Sache gleichkommen wird, die einen Eigentümer nicht hat, so darf man sich dadurch nicht zu dem Schluß verleiten lassen, daß der Schatz tatsächlich keinen Eigentümer habe. Und gerade darum, weil sich dies nicht mit Sicherheit und ausschließlich feststellen läßt, darf man den Schatz nicht zu den herrenlosen, im Sinne von eigentumslosen Sachen rechnen. Um einem Mißverständnis vorzubeugen, sei noch bemerkt, daß nach dem Gesetz nicht notwendig der Eigentümer die Sache absichtlich verborgen haben muß; die Sache kann vielmehr auch ohne sein Zutun verborgen gelegen haben.[1]) Doch wird auch in diesem Falle das Fortbestehen des Eigentumsrechtes nicht berührt, da beim Eigentümer die Dereliktionsabsicht fehlt.

Daß der Schatz einer herrenlosen Sache im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht gleichgestellt werden darf, ergibt sich übrigens auch daraus, daß das Gesetz für den Erwerb des neuen Eigentums an ihm besondere, von der Okkupation abweichende Regeln aufgestellt hat. Wäre der Schatz eine herrenlose bewegliche Sache, dann würde man an ihm durch Ergreifung des Eigenbesitzes gemäß § 958 Eigentum erwerben. Nach § 984 erwirbt aber nicht der Besitznehmer als solcher, sondern der Entdecker das Eigentum, sobald der Schatz infolge der Entdeckung in Besitz

---

[1]) vgl. Biermann III § 984 Erl. 1; Dernburg, Bürgerl. Recht III § 117.

genommen ist; wer ihn in Besitz nimmt, ist gleichgültig. Wenn daher A den Schatz entdeckt, B ihn aber infolge dieser Entdeckung in Besitz nimmt, erwirbt nicht B, sondern A das Eigentum.[1])

---

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht III § 117; Planck III § 984 Erl. 2b; Biermann III § 984 Erl. 2; Schmitt, Diss. S. 79.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.